



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE – FURG**

**CURSO DE DIREITO DIURNO**

**EVERSON ALVES DOS SANTOS**

**O ATIVISMO ANTICAPITALISTA: a busca pela justiça social como parâmetro  
para o agir solipsístico do juiz**

**Rio Grande  
2015**

**EVERSON ALVES DOS SANTOS**

**O ATIVISMO ANTICAPITALISTA: a busca pela justiça social como parâmetro  
para o agir solipsístico do juiz**

Monografia apresentada ao curso de Direito Diurno da Universidade Federal do Rio Grande – FURG, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel, sob orientação do Prof. Dr. Rafael Ferreira.

**Rio Grande  
2015**

**EVERSON ALVES DOS SANTOS****O ATIVISMO ANTICAPITALISTA: a busca pela justiça social como parâmetro para o agir solipsístico do juiz**

Monografia apresentada ao curso de Direito Diurno da Universidade Federal do Rio Grande – FURG, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel.

**COMISSÃO EXAMINADORA**

---

Prof.

---

Prof.

---

Prof.

Aprovado em: \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_\_.

*Deixe-me lhe oferecer a minha definição de justiça social: eu fico com o que ganho e você fica com o que ganha. Não concorda? Bem, então diga-me quanto do que ganho lhe pertence – e por quê?*

*(Walter E. Williams)*

## AGRADECIMENTOS

Deus tem sido um companheiro inarredável durante todos esses anos. Por onde andei, os caminhos que trilhei, aquilo que já tenho e o que ainda terei, tudo acontece graças à Sua providência. Por isso, a Ele toda a honra e glória!

Meus valorosos pais não mediram esforços para que eu chegasse até aqui. De sol a sol, enfrentando os perigos da estrada, lá estava o seu Nelson na boleia do caminhão. Dona Maria, em casa, gerindo a vida da família, nunca me desamparou. Obrigado, pai, pela persistência. Obrigado, mãe, pelas orações. Sou muito grato por todos os valores que me ensinaram, e por viverem juntos o meu sonho.

Meus irmãos Edson e Lorejane, e cunhados Vanessa e Adilson: vocês são exemplos para mim. Quando nasci vocês já eram grandes, e durante toda a vida fui a criança da casa. Hoje esse papel cabe ao nosso querido Miguel, e eu caminho em busca da realização dos meus sonhos. Especialmente ao Edson, muito obrigado por tudo que fizeste por mim durante esses anos.

Muitas pessoas passam em nossas vidas; algumas permanecem. O Charles é um Amigo com "A" maiúsculo, e que, espero, esteja sempre presente em minha vida. Muito obrigado por todo o companheirismo! Carolyn Todente, minha primeira colega e amiga da FURG, com quem convivi esses seis anos, em nossas diferenças construímos uma amizade incrível, e sou muito grato em tê-la por perto! Lisa, Rafael e Luíza, a FURG sem vocês teria sido muito ruim! Eu tenho muita sorte em ter lhes conhecido! Cássia, Luciano, Yane, Caput, todos os símios.. eu nunca esquecerei que a melhor época vivida no Cassino foi com vocês. Dormir no colchão de ar, aquele que tem um furinho e até hoje não descobri aonde é, foi um grande prazer, e vocês sabem o imenso carinho que tenho por todos! Ao Heber, que se tornou meu irmão de nascimento, muito obrigado pelo exemplo de seriedade e convicção que me passas. Eu tenho orgulho em ter renascido contigo daquele acidente de carro. George e Roque: vocês me fizeram crescer muito! Obrigado por toda a parceria. O mundo é nosso! Cristian e Aline: vocês me divertiram como nunca, e por mim, nosso acordo continuará até a consumação dos séculos!

Ao Ney e à dona Denise, grandes pais, amigos que me apoiaram desde o primeiro ano aqui em Rio Grande, meu agradecimento pelas horas de conversa e o carinho com que sempre me trataram. Vocês são demais e sempre os levarei comigo!

Meu chefe, meu amigo, meu pai rio-grandino: Paulo Roberto Fonseca. Muito obrigado por toda a parceria e amizade, por mostrar que é possível construir a felicidade a partir das mais singelas coisas. Tu és um exemplo para mim!

O Willena foi minha primeira casa. Ali pensei em desistir logo que cheguei; depois, quando entendi que não se anda para trás, assumi que aquele lugar deveria ser como um ponto de partida, e com isso construí amizades. À Renatha, muito obrigado por não ter esquecido de mim, mas convivido diariamente pela internet depois que foste embora. A vida é isso, os amigos, apesar da distância, serão amigos para sempre, lembra? Gabriela, minha querida, que me apoiou o quanto pôde, muito obrigado! Tu foste fundamental para que meus dias fossem melhores. E a todos que por lá passaram, especialmente à Jéssica, à Malu e ao Castelhana, muito obrigado por me mostrarem que sim, era possível!

Do Willena vim parar na Rua Direita, e juro que não foi de caso pensado! A Direita, que atualmente é General Bacelar, deu a mim a segunda casa rio-grandina, e palco de grandes histórias. Nasceu o Apê da Bacelar. O Julio, que me aguenta há quatro anos, é um guerreiro. Tenho plena certeza que não deve ser fácil viver comigo, mas tu tiraste isso de letra. Obrigado pela paciência e pelo companheirismo, pelas jantas compartilhadas, os vinhos, as conversas, as músicas, pelo grande parceiro que foste para mim. Tu mereces ser muito feliz!

Houveram momentos em que a dúvida sobre o direito tornou-se tão forte a ponto de pensar em desistir. Um dia encontrei pessoas que me fizeram ver sentido nisso tudo. Pessoas que pensavam parecido a mim, que viam o mundo de outra forma. Enxerguei luz no fim do túnel acadêmico. E assim nasceu o Clube Atlântico, entidade que muito me honra presidir. Nos tornamos Estudantes Pela Liberdade, e algum tempo depois vi a primeira gestão liberal da história assumir o DCE da FURG. Sabe, o orgulho bate aqui no meu peito, pois eu fiz parte de tudo isso! Na pessoa do Fernando Uberti Machado, agradeço a todos os “coxinhas” da FURG pela coragem em mostrar que era possível fazer diferente. Salve a mão invisível da Reação!

Ao Doutor Marcelo Nahuys Thormann, Promotor de Justiça, muito obrigado pelo exemplo de postura que me deste. Igualmente, a todos que conviveram comigo na Promotoria de Justiça Criminal, na pessoa do Gustavo Fetter de Almeida.

À Doutora Maria da Glória Fresteiro Barbosa, Juíza de Direito, que me ensina diariamente a seriedade, o profissionalismo, e como é recompensador perseguir os objetivos, muito obrigado por tudo! À Marília, Sâmya, Luciana e Marisa,

muito obrigado por todo o carinho com que me tratam diariamente. Vocês são demais!

Aos meus colegas, o agradecimento pela boa convivência que tivemos durante esses anos, especialmente em duas figuras que são especiais: Isadora e Leonardo.

Ao Professor Rafael Ferreira, que acreditou em mim desde o início, muito obrigado pela condução deste trabalho. Igualmente, à Maiara e à Débora que dividiram as incertezas e as superações na construção do TCC, além dos lugares estratégicos para fazer provas, muito obrigado!

E, por fim, agradeço profundamente a todos os brasileiros, muitos dos quais talvez nunca terão uma oportunidade igual à que tive. Através dos suados tributos que vocês pagam diariamente eu pude realizar meu sonho. Lutar pelas nossas liberdades foi a maneira que encontrei de poder retribuí-lhes um pouquinho do investimento feito em mim. E que o futuro me propicie ser bom para que os seus esforços não tenham sido em vão!

## RESUMO

O judiciário brasileiro vem sendo influenciado fortemente por preconceitos aos princípios da livre iniciativa. Isso se dá através da atuação de magistrados que, aproveitando-se do que entendem ser o certo para a sociedade, tomam decisões que ferem as premissas que foram democraticamente construídas pela sociedade através de seus representantes eleitos. O Estado, através do judiciário, arvora-se no direito de determinar até coisas ínfimas na vida das pessoas, prejudicando um dos maiores e verdadeiros direitos que o ser humano tem: a liberdade. Para demonstrar isso, foi realizada uma pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, com método de abordagem indutivo e de procedimento monográfico. Como resultado, constatou-se que por trás do ativismo protagonizado por muitos juízes encontra-se imbricado uma verdadeira oposição aos princípios liberais, buscando-se a realização de uma suposta justiça social a qualquer custo. O preço disso, em última análise, será a quebra do Estado Democrático de Direito.

**Palavras-chave:** anticapitalismo, ativismo, justiça social, liberdade.



## ABSTRACT

The Brazilian judiciary has been strongly influenced by the prejudice to the principles of free enterprise. It happens through the performance of judges who, taking advantage of what they perceive to be right for society, make decisions that hurt the arguments that have been democratically constructed by society through their politicians. The State, through the judiciary, has the responsibility to determine even tiny things in people's lives, devaluing one of the best and genuine rights that human beings built: the freedom. So, explaining this idea, a bibliographic and jurisprudential survey was conducted with an inductive method of approach and monographic procedure. As a result, it realized that behind the activism of many judges exists the true opposition against the liberal principles, seeking to hold a supposed social justice at any cost. The price that, ultimately, will be the breakdown of the democratic rule of law.

**Keywords:** anti-capitalism , activism , social justice, freedom.

**LISTA DE ILUSTRAÇÕES**

GRÁFICO 01 – “Evolução da População Mundial” .....	15
--	----

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	12
<b>1 O ANTICAPITALISMO</b> .....	14
1.1 A mentalidade anticapitalista: de como a atração sedutora do socialismo conquistou a sociedade.....	14
1.2 O Estado como limitador da liberdade.....	22
<b>2 O ATIVISMO IDEOLÓGICO</b> .....	26
2.1 O papel do juiz ativista.....	26
2.2 A busca pela “justiça social”.....	32
<b>3 O ANTICAPITALISMO NA PRÁTICA E O NECESSÁRIO CONTRAPONTO AO ATIVISMO</b> .....	37
3.1 ADI 319-4/DF: educação e regulação de preços <i>versus</i> livre iniciativa.....	38
3.2 ADI 1950-3/SP: educação, cultura, esporte e lazer <i>versus</i> livre iniciativa.....	43
3.3 A compreensão do todo que se antecipa como contraponto à decisão conforme a consciência do juiz.....	46
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	50
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	53

## INTRODUÇÃO

Ao tomar uma decisão, muitas vezes, os magistrados se deparam com princípios aparentemente conflitantes: uns que defendem maior intervenção do Estado na vida das pessoas, e outros que privilegiam a liberdade e livre-iniciativa nas relações pessoais. Nessa senda, percebe-se que, comumente, princípios que se coadunam com a liberdade são preteridos em relação aos que concedem um protagonismo do Estado na vida das pessoas, quase que em uma lógica instintiva.

A presente pesquisa está motivada na identificação da existência de uma verdadeira oposição intelectual ao capitalismo e à liberdade, que concede um papel de forte atuação ao Estado para intervir e mudar a vida das pessoas.

A partir disso, coloca-se o seguinte questionamento: tendo o poder de decisão em suas mãos, assumiria o juiz o papel de promotor de uma pretensa “justiça social”, baseado em uma mentalidade pré-concebida que sempre tenderá à intervenção do Estado nas relações cotidianas?

No decorrer do trabalho poderá se perceber que decisões do judiciário brasileiro, especialmente do Supremo Tribunal Federal, estão eivadas de pré-conceitos em relação à livre iniciativa e a liberdade de mercado. Tal posicionamento, sob enfoque do economista austríaco Ludwig von Mises, trata-se de um grande equívoco, pois o capitalismo nada mais é do que uma teoria econômica e social que transformou sobremaneira os rumos da civilização, tirando milhares de pessoas da miséria extrema e dando-lhes melhores condições de vida.

Assim, dedica-se o primeiro capítulo à discussão acerca da existência da mentalidade anticapitalista trabalhada por Mises, bem como da atuação do Estado como um limitador da liberdade dos cidadãos, amparando-se nos ensinamentos do Prêmio Nobel de Economia Friedrich August von Hayek e do filósofo e jornalista francês Frédéric Bastiat.

O segundo capítulo tratará do ativismo ideológico, de como a atuação de um juiz ativista prejudica a novata democracia brasileira, ainda mais quando esse ativismo tiver como pano de fundo a busca por uma suposta justiça social. Para isso, busca-se amparo na Crítica Hermenêutica do Direito, cujo maior expoente brasileiro é o jurista gaúcho Lenio Streck. A partir da Crítica, traça-se uma relação entre o

ativismo judicial e a obstinação intelectual pela realização de uma justiça que pretende igualar os desiguais, utilizando-se dos escritos de Hayek sobre o tema.

Já o terceiro capítulo adentra em dois julgados do Supremo Tribunal Federal que, analisados a partir dos ensinamentos de Mises e Hayek sobre a liberdade, assim como de Streck acerca do ativismo, perfectibilizam aquilo que, aparentemente, seria o agir solipsístico do juiz anticapitalista. Analisa-se a adequação da racionalidade do STF aos princípios constitucionais de caráter liberal, preteridos em relação a todo e qualquer princípio que esteja eivado pela visão socialista-intervencionista do Estado na vida das pessoas. Ao final do capítulo, busca-se uma alternativa para o ativismo através da Crítica Hermenêutica do Direito.

Justifica-se a escolha de apenas duas decisões judiciais para encorpar este trabalho pela forma clara com que nelas são tratadas as teses discorridas nos dois primeiros capítulos, possibilitando a revelação daquilo que as teorias de Streck e Hayek, unidas, caracterizariam como um ato de vontade anticapitalista.

Portanto, este trabalho encontra amparo em duas frentes de pesquisa: a bibliográfica e jurisprudencial, com método de abordagem indutivo, haja vista que pretende deduzir uma verdade geral a partir de dados individualizados. O método procedimental utilizado, por sua vez, foi o monográfico.

Pretende-se, assim, após a discussão do problema, buscar alternativas para a superação da decisão conforme a consciência do juiz.

## **1 O ANTICAPITALISMO**

### **1.1 A mentalidade anticapitalista: de como a atração sedutora do socialismo conquistou a sociedade**

A liberdade é um dos conceitos mais difundidos e utilizados desde sempre na história da humanidade. Em seu nome, inúmeras discussões foram travadas, guerras aconteceram, e as diversas sociedades caminharam constantemente em sua busca. O economista e filósofo austríaco Ludwig von Mises (2010a, p. 67) trata do tema ao afirmar que “a história da civilização ocidental é o registro de uma incessante luta pela liberdade”.

Não poderia ser de outra forma. A busca pela liberdade incentivou todas as conquistas que os homens atingiram até então.

Por liberdade, o economista e jornalista francês Frédéric Bastiat (2010, p. 42) entende a soma de todas as liberdades existentes, ou seja, a liberdade de consciência, associação, imprensa, ensino, trabalho, iniciativa, que, em sua análise, tratam-se de faculdades inofensivas. Portanto, a liberdade seria o exercício dessas faculdades.

Na mesma linha, Mises (2010a, p. 14) esclarece que o legado trazido aos homens pela liberdade é a própria iniciativa de poder fazer tudo por si, sem coação ou planejamento orientado por outras pessoas. Para ele, os adultos seriam pessoas livres para planejar suas vidas conforme lhes convém, sem a necessidade de seguirem o projeto de uma autoridade, a qual, para coagir o cidadão a obedecê-la, teria de agir através de um aparato policial. E arremata dizendo que todas as lutas pela liberdade têm como objetivo “moderar os defensores armados da paz, os governantes e seus policiais. O conceito político de liberdade individual é: liberdade contra a ação arbitrária do poder policial” (2010a, p. 67).

Entretanto, assim como a busca pela liberdade permeou os anais da história, a oposição a ela também teve a sua glória, muitas vezes sob o manto de uma suposta e necessária proteção. Mises (2010a, p. 69) convencionou chamar a isso de antiliberalismo, o que, segundo ele, veio camuflado através da doutrina socialista/comunista, do planejamento central.

Nasce, portanto, uma teoria de negação de toda a construção que a civilização teve ao longo da história, e que especialmente a partir da Revolução Industrial Inglesa, modificou sobremaneira a vida das pessoas. Acerca disso, importante lembrar que grande parte do que se tem hoje, seja em termos materiais/econômicos, seja políticos, advém de uma profunda ruptura com o *status quo* a partir da aplicação do liberalismo em meados do século XVIII. O nascimento do capitalismo foi responsável pela elevação da qualidade de vida de centenas de milhares de pessoas, antes fadadas à miséria e à morte. É o surgimento do capitalismo *laissez-faire* que ocasiona a mudança na mentalidade da produção, até então direcionada apenas aos ricos, e que passa visar às massas.

A característica essencial do capitalismo moderno é a produção em massa de mercadorias destinadas ao consumo pelo povo. O resultado é a tendência para uma contínua melhoria no padrão médio de vida, o enriquecimento progressivo de muitos. (MISES, 2010a, p. 13).

A evolução da população mundial ao longo da história pode ser observada no gráfico abaixo, no qual foi dado especial relevância ao período que permeou a Revolução Industrial:

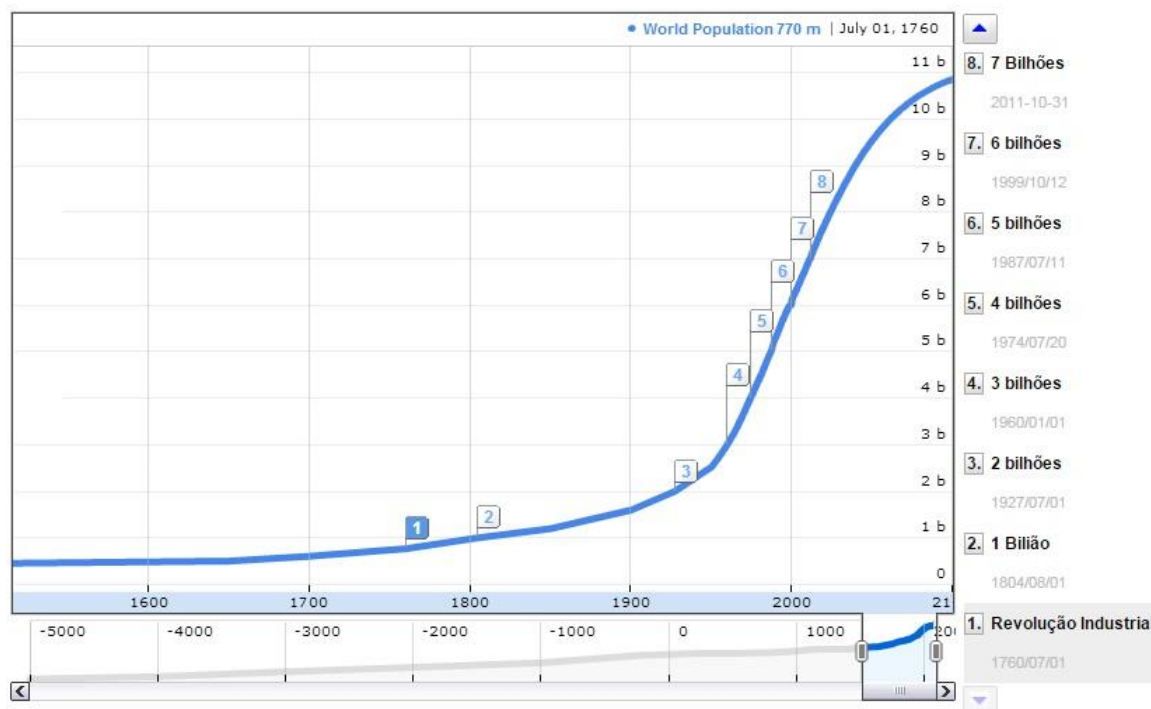


Gráfico 1: "Evolução da População Mundial"

Fonte: Disponível em: <<http://www.worldometers.info/world-population/>> Acesso em 29 mai. 2015.

Importante salientar que o crescimento demonstrado no Gráfico 1 refere-se à população mundial, sendo que o crescimento experimentado pela Inglaterra e Escócia no mesmo período foi surpreendentemente maior. Somente entre 1801 e 1831, a população inglesa aumentou cerca de 50% (CUNHAL, 1940, disponível em: <<https://www.marxists.org/portugues/cunhal/1940/mes/tese.htm#r3>> Acesso em: 29 mai. 2015).

Sem dúvida alguma, “a principal característica do homem é de ele nunca desistir de aumentar seu bem-estar através de atividades intencionais” (MISES, 2010a, p. 15). E isso se mostrou altamente possível a partir da criação de um sistema econômico que deu ao escravo a oportunidade de trabalhar e adquirir os seus bens de consumo; ao pobre o que até pouco tempo era considerado artigo de luxo; às massas, o que lhes possibilitou um mínimo de dignidade para viver.

Não se quer aqui falar sobre o consumismo ou defender a visão de que bens materiais, e tão somente eles, são os responsáveis pela felicidade dos homens. Mais do que isso, é inegável que o surgimento da economia de mercado trouxe consigo a satisfação de necessidades básicas da população, que busca constantemente a eliminação das dificuldades que se lhe apresentam, e, conseqüentemente, tornar-se mais feliz do que era antes (MISES, 2010a, p. 57).

Entretanto, essa visão realista sobre as conseqüências trazidas pelo sistema de mercado é constantemente relegada a segundo plano diante das “profundas injustiças” causadas pelo capitalismo. O relato da história não deixa dúvidas de que os “excessos do liberalismo” provocaram a sua demonização por completo. Tudo o que de bom foi criado tornou-se irrelevante perante a “exploração da mão de obra” do operário, que venderia sua força de trabalho em troca de um salário. Mises (2010a, p. 11) traduzia a crítica no seguinte sentido: “Como poderia o capitalismo gerar coisas boas? Tudo o que tem valor foi produzido apesar do capitalismo, mas as coisas ruins são excrescências do capitalismo”.

Essa lógica rasa é comumente apresentada no meio acadêmico, político e midiático. Falar sobre o capitalismo é associado, instintivamente, a algo mal e injusto, avaro, que visa somente o lucro em detrimento do trabalhador oprimido pelo sistema de produção. Defender o liberalismo é o mesmo que aliar-se à classe dos exploradores de mão de obra, que, por pensarem somente em si, devem ser combatidos. Nasce, portanto, uma frente contrária ao capitalismo, visto como



degradante e imoral, e que prega uma sociedade e um mundo melhor, onde todos poderão ser felizes<sup>1</sup>. Surge, pois, o socialismo.

O *Capital* de Karl Marx (2012) inaugura a tese da luta entre classes, vistas como antagônicas e irreconciliáveis, e que culminaria com a tomada do poder pelos proletários através de uma revolução. Após isso, com a apropriação dos meios de produção pelos trabalhadores, a sociedade seria mais justa e feliz.

O economista austríaco Friedrich August von Hayek (2010, p. 48) descreve o advento do socialismo como a busca por uma “nova liberdade”, a qual superaria a liberdade política, entendida como liberdade frente ao poder exercido pelos homens uns contra os outros, e culminaria na liberdade material, com a superação da necessidade material. Isso somente seria atingido com a distribuição equitativa da riqueza.

A partir daí, essa “teoria do bem” começa a atingir as pessoas que sentiam-se descontentes com o modelo inaugurado com a Revolução Industrial. Os trabalhadores enxergam fundamento nas teses românticas do socialismo, e passam a fazer ode aos seus “defensores” perante os patrões-exploradores capitalistas.

Os autores dessa descrição da indústria capitalista são considerados nas universidades como os maiores filósofos e benfeitores da humanidade; seus ensinamentos são aceitos com respeito e reverência por milhões de pessoas cujas casas, além de outros acessórios, estão equipadas com aparelhos de rádio e de televisão.

A pior exploração, segundo professores, líderes “trabalhistas” e políticos, é a efetuada pelos grandes negócios. Eles não percebem que a característica dos grandes negócios é a produção em massa a fim de satisfazer as necessidades das massas, no regime capitalista, os próprios operários são, direta ou indiretamente, os principais consumidores de tudo o que as fábricas estão produzindo. (MISES, 2010a, p. 37).

Não se pode fechar os olhos para algumas condições subumanas em que os operários viviam nas fábricas, o que a história faz questão de contar em primeiro plano. As falhas merecem e devem ser corrigidas. Convém lembrar, entretanto, como bem observou Mises (2009), que o mesmo operário que passou a trabalhar várias horas diárias seguidas, com o surgimento da economia de mercado, passou a ter um trabalho; antes sua perspectiva era a miséria.

---

<sup>1</sup> Exemplo disso é a realização anual do Fórum Social Mundial, evento iniciado na cidade de Porto Alegre/RS, e que traz em seu *slogan* a busca por um novo mundo com a superação do (neo)liberalismo (FORUM SOCIAL MUNDIAL. 2015).

A velha história, repetida centenas de vezes, de que as fábricas empregavam mulheres e crianças que, antes de trabalharem nessas fábricas, viviam em condições satisfatórias, é um dos maiores embustes da história. As mães que trabalhavam nas fábricas não tinham o que cozinhar: não abandonavam seus lares e suas cozinhas para se dirigir às fábricas – corriam a elas porque não tinham cozinhas e, ainda que as tivessem, não tinham comida para nelas cozinhar. E as crianças não provinham de um ambiente confortável: estavam famintas, estavam morrendo. E todo o tão falado e indescritível horror do capitalismo primitivo pode ser refutado por uma única estatística: precisamente nesses anos de expansão do capitalismo na Inglaterra, no chamado período da Revolução Industrial inglesa, entre 1760 e 1830, a população do país dobrou, o que significa que centenas de milhares de crianças – que em outros tempos teriam morrido – sobreviveram e cresceram, tornando-se homens e mulheres. (MISES, 2009, p. 17-18).

Por certo, a pior de todas as ilusões trazidas pela teoria socialista é a de que a natureza concedeu a cada indivíduo certos direitos, já que existe muito de tudo e para todos. Sob essa perspectiva, todas as pessoas teriam o direito soberano de reivindicar de seus semelhantes e da sociedade a parcela de coisas que a natureza lhe delegou (MISES, 2010a, p. 61).

O socialismo jogou muito bem com isso. Disse ao trabalhador que tudo o que ele produzia era fruto do seu esforço, e não do patrão. A natureza teria lhe dado as condições para produzir, e ele estaria preso a um capitalista maldoso que nada mais faz que o explorar, até que seus bolsos deste estejam bem cheios.

A ideia de que a pobreza é causada pela ação de pessoas injustas que roubam o que cada ser humano teria herdado é falsa e mentirosa. A condição natural do ser humano é a pobreza. A única riqueza natural que a raça humana possui é a razão, a qual é a verdadeira responsável por tudo aquilo de bom (e ruim) que se cria. A respeito disso, Mises (2010a, p. 62) esclarece que “os homens, ao cooperarem sob o sistema da divisão do trabalho, criaram toda a riqueza que os sonhadores consideram um presente espontâneo da natureza”.

Eis o ponto nevrálgico: a cooperação entre os homens é a grande responsável por tudo aquilo que se cria. Mais. Para Mises, a sociedade de mercado somente tem condições de funcionar a partir da ação de três atores por ele chamados de progressistas<sup>2</sup>: o poupador; o investidor em bens de capital; e aquele que elabora novos métodos para aplicação dos bens de capital, o empreendedor. Ele ensina que “nenhum progresso tecnológico funciona se o capital necessário não

---

<sup>2</sup> O termo “progressistas” empregado por Mises não é o mesmo que comumente está associado aos setores esquerdistas. O progressismo a que o austríaco se refere tem o sentido de desenvolvimento material e crescimento econômico.

for previamente acumulado por poupança” (2010a, p. 36). Diferentemente do que prega o socialismo, não existe uma força mística chamada “progresso”, a economia somente crescerá com base na acumulação, investimento, e na inovação tecnológica.

É preciso entender que economia não é uma conta de soma zero. Para que uns sejam ricos, não há necessidade de que outros fiquem pobres, o dinheiro pertencente aos mais abastados não é fruto da espoliação daqueles que menos têm.

O processo que torna algumas pessoas ricas é, ao contrário, o corolário do processo que aumenta a satisfação das necessidades de muitos. Os empresários, os capitalistas e os tecnólogos prosperam na medida em que melhor atendem aos consumidores. (MISES, 2010a, p. 38).

A ideia muito difundida de que dinheiro chama dinheiro; quanto mais dinheiro tem, mais rico fica, não é uma verdade em si mesma. O dinheiro não é uma dádiva divina ou da natureza, todo o capital é fruto da prudência do homem, que prefere poupá-lo ao invés de consumi-lo; abster-se de gastá-lo (MISES, 2010a, p. 64).

Não lhe ocorre que “o individualismo grosseiro” do mundo dos negócios possa ter desempenhado algum papel no surgimento do que se chama o “estilo de vida americano”. A seus olhos, “administrar” corresponde às injustas pretensões dos “exploradores” que planejam despojá-lo do patrimônio que lhe cabe por nascença. Ele acha que, no curso da evolução histórica, há uma tendência incoercível ao contínuo aumento da “produtividade” do seu trabalho; julga evidente que os frutos desse progresso pertencem-lhe exclusivamente e por direito. (MISES, 2010a, p. 35).

Aliás, sobre o dinheiro, Hayek (2010, p. 102) nos ensina que ele é um dos maiores instrumentos de liberdade já inventados pelo homem, capaz de proporcionar aos pobres uma gama de alternativas que até pouco tempo atrás somente os ricos tinham acesso.

A bem da verdade, as possibilidades de escolha que o dinheiro proporciona aos homens, supera, em muito, qualquer outra forma de retribuição que uma sociedade planificada poderia sugerir. Em outras palavras, se ao invés de ter dinheiro para usá-lo como bem entender, o indivíduo recebesse a mesma soma em produtos, tais como moradia, alimentação e educação, estaria fadado à regulação de sua vida pelas mãos de uma autoridade que impõe a sua “moral” e a sua “justiça” como certas. Não haveria liberdade nesse caso.

A planificação econômica não atingiria apenas as necessidades “marginais” que temos em mente quando nos referimos com desdém aos aspectos puramente econômicos. Ela significaria, com efeito, que nós, como indivíduos, já não poderíamos decidir o que consideramos marginal. (HAYEK, 2010, p. 103).

Somente a acumulação proporciona o investimento, e, conseqüentemente, o crescimento das nações. Para Mises (2010a, p. 36), todas as pessoas têm a liberdade de tornarem-se parte de uma das três figuras progressistas (poupador, investidor, projetista). Essa é a grande dádiva proporcionada pelo capitalismo: a inexistência de castas fechadas na sociedade. Para adentrar em um grupo, segundo ele, o homem precisaria de inteligência e força de vontade. Entretanto, Mises não esquece que certas pessoas têm vantagens nessa corrida por começarem em condições mais favoráveis que as demais, acerca disso, esclarece que nada é estável em uma sociedade de mercado, e a própria vantagem pode tornar-se mais cansativa e menos recompensadora no final das contas<sup>3</sup>.

Hayek (2010) enxerga como causa para o enfraquecimento do liberalismo o próprio sucesso do pensamento exarado pela teoria.

O liberalismo veio a ser considerado uma filosofia “negativa” porque não podia oferecer a cada indivíduo mais do que uma participação no progresso comum – progresso cada vez mais considerado natural e inevitável e não mais encarado como decorrente da política de liberdade. Pode-se dizer que o próprio sucesso do liberalismo tornou-se a causa do seu declínio. Devido ao êxito já alcançado, o homem se foi mostrando cada vez menos disposto a tolerar os males ainda existentes, que a essa altura lhe pareciam insuportáveis e desnecessários. (HAYEK, 2010, p. 43-44).

É isso que Mises denomina de “mentalidade anticapitalista”. A incessante vontade de se opor a tudo que foi responsável pelo crescimento sem precedentes da humanidade nos últimos séculos. É a exaltação de uma pretensa “justiça social” para corrigir as falhas do sistema de produção em massa. Para isso, denomina o pensamento anticapitalista de “ambição frustrada”.

Para compreender a aversão que o intelectual tem pelo capitalismo, convém lembrar que, na sua opinião, este sistema é encarnado por um certo número de companheiros cujo êxito ele inveja e a quem responsabiliza pela frustração de suas próprias vastas ambições. (MISES, 2010a, p. 23).

---

<sup>3</sup> Para exemplificar, Mises (2009, p. 16) cita os problemas que os herdeiros dos “impérios” ferroviários nos países capitalistas tiveram com o surgimento do transporte rodoviário: “a concorrência que se estabeleceu através dos ônibus, automóveis, caminhões e aviões impôs às estradas de ferro grandes perdas e uma derrota quase absoluta no que diz respeito ao transporte de passageiros”.

Mises (2010a, p. 47) divaga nos meandros dessa teoria da negação, afirmando que, segundo ela, “o pecado original que privou a humanidade de uma vida feliz nos jardins do paraíso foi o estabelecimento da propriedade privada e da empresa”. Mais ainda, por ser subserviente ao interesse dos gananciosos exploradores, o capitalismo seria o grande responsável pela pobreza dos povos. A solução: a submissão dos gananciosos ao Estado como forma de substituir o motivo “lucros” pelo motivo “serviços”.

A tão falada dureza do capitalismo consiste no fato de ele tratar cada um de acordo com a contribuição que este oferece ao bem-estar do seu semelhante. A força do princípio a cada *um de acordo com seus feitos* não dá margem a escusar falhas pessoais (MISES, 2010a, p. 19).

Inegavelmente, a academia foi e continua sendo um ambiente fortemente preso às ideias socialistas. Mises já denunciava isso em 1956, quando da publicação de *A mentalidade anticapitalista*, e de lá para cá, em que pese o estatismo e a planificação tenham se mostrado ineficientes<sup>4</sup>, a paixão pelo socialismo continua a imperar nas mentes e palavras dos intelectuais.

A ambição frustrada que ele se refere é a externalização da inveja impregnada no âmago das pessoas. Por essa posição forte, Mises foi extremamente criticado quando do lançamento de seu livro, acusado de não conhecer a natureza humana, ser ignorante, e um “conservador barato”<sup>5</sup>.

Entretanto, a compreensão de sua tese perpassou os anos e se mostra extremamente atual. Como ele afirmava, faltaria conhecimento em economia para que as pessoas pudessem afirmar saber que o socialismo lhes daria um padrão melhor de vida, e, em contrapartida, o capitalismo lhes seria prejudicial. Para Mises (2010a, p. 40), as pessoas apenas creem que o socialismo melhorará suas vidas, ao passo que também creem que suas vidas são ruins em função do capitalismo. Há uma recusa em estudar economia, por elas consideradas uma teoria abstrata, e assim, desconhecem as severas críticas dos economistas ao planejamento central, foco do socialismo.

---

<sup>4</sup> Vide a queda do Muro de Berlim, a crescente abertura dos mercados chinês e cubano, e a falta de itens básicos nas prateleiras da socialista-bolivariana Venezuela. (LAMEIRINHAS, 2015).

<sup>5</sup> As principais críticas vieram do jornal inglês *The Economist* (Liberalism in Caricature, 1957), e da revista estadunidense *National Review* (TANENHAUS, 1997, p. 500).

Todo o esforço da teoria econômica liberal é rechaçado pela sedutora atração do socialismo, que para corrigir as falhas do capitalismo, vê a redenção na figura do Estado. Frédéric Bastiat (2010, p. 30-31), discorre sobre a difusão do pensamento de que a vida, a organização, a moralidade e a própria prosperidade dos homens seriam fruto da ação do Estado, e que, não havendo a intervenção dos legisladores, a tendência da humanidade seria a degeneração.

## **1.2 O Estado como limitador da liberdade**

O nascimento do Estado pressupõe uma associação entre indivíduos que filósofo iluminista Jean-Jacques Rousseau (2008) convencionou chamar de “contrato social”. Visando atingir “fins sociais”, pessoas com objetivos idênticos se dispõem a contribuir umas com as outras para a consecução de seus propósitos. A partir disso, convencionariam a criação de uma instituição, limitada pelo grau de consenso entre os seus criadores, e que, na medida em que assume o controle direto de certas áreas, suprime a liberdade de seus indivíduos.

O Estado-judiciário, cujo foco tem este trabalho, vive na atualidade um verdadeiro estado de natureza hermenêutico, tal qual o que antecedeu a criação do Estado pelo contrato social. Nesse sentido, o jurista gaúcho Lenio Streck (2014b, p. 140), ao discorrer sobre a guerra de interpretação existente entre os juízes, afirma que, partindo de um “grau zero” de sentido, os intérpretes reinam absolutos em seus métodos de interpretação e domínio dos sentidos, no que ele convencionou chamar de “reedição da relação de propriedade (neo)feudal”. Ao cabo dessa “guerra”, marcada pelo agir solipsístico dos juízes, estará a morte do sistema jurídico.

Eis aí o grande perigo que se encontra, também, na possibilidade de viverem os cidadãos nas mãos de uma autoridade judiciária que imponha a moral e justiça que lhe convém. Afora todas as questões que serão tratadas na sequência, aqui já convém lembrar que a liberdade individual é a maior prejudicada. A partir do momento em que as pessoas tiverem suas vidas como um todo condicionadas às ordens e regulamentações expedidas por outras pessoas, baseadas nas definições do que estas últimas têm acerca do que é certo ou errado, está-se diante de uma grande afronta ao princípio basilar da liberdade, fundamento do Estado brasileiro

conforme as disposições dos artigos 1.º, inciso IV, e 3.º, inciso I, ambos da Constituição da República.

Hayek (2010, p. 78-79) ensina que o Estado, ao agir em nome da coletividade, ao mesmo tempo reduz a liberdade dos indivíduos em suas próprias esferas. Ainda que a ação estatal seja destinada a coisas certas, quando houver excesso por parte do setor público, haverá, necessariamente, efeitos em todo o sistema econômico (político e judiciário, acrescenta-se), culminando com o controle, mesmo que indireto, de tudo por parte do Estado.

Portanto, havendo falhas no sistema, e uma solução chamada Estado, nada melhor do que ele para resolver os problemas do mundo e caminhar na busca de igualar os desiguais. O principal método: a lei. A forma de agir: a coação. Para manter tudo isso: a espoliação.

Para Hayek (2010, p. 92), o controle do povo começaria a partir da criação das leis pelos legisladores, quando estes, imbuídos de um dever “moral”, passariam a visar certos objetivos que lhes sejam caros. Ao invés de prestar auxílios aos cidadãos para o desenvolvimento de suas personalidades individuais, o Estado imporá aos indivíduos as suas ideias sobre todas as questões morais, justificando, através da lei e da ordem, até mesmo a barbárie contra o povo, vide o acontecido durante o nazismo. Hayek (2010, p. 93) entende que a questão moral não pode ser planejada: “As pessoas interessadas de perto numa questão não são necessariamente os melhores juízes dos interesses da sociedade como um todo”.

Como se verá mais adiante, o melhor conceito de Direito adotado na atualidade é o interpretativo, que advém do filósofo do direito norte-americano Ronald Dworkin, para quem o Direito é o que for emanado das instituições jurídicas, e deve encontrar suas respostas obrigatoriamente nas leis, na Constituição, regulamentos e nos precedentes constitucionais (1999, p. 479).

O Estado, promotor da justiça entre os homens através das leis, é a mais pura encarnação da sedutora atração do socialismo.

Não se acha suficiente que a lei seja justa, pretende-se também que seja filantrópica. Não se julga suficiente que a lei garanta a cada cidadão o livre e inofensivo uso de suas faculdades para o seu próprio desenvolvimento físico, intelectual e moral. Exige-se, ao contrário, que espalhe diretamente sobre a nação o bem-estar, a educação e a moralidade (BASTIAT, 2010, p. 23).

Bastiat (2010, p. 27) diz mais: “A lei será um instrumento promotor de igualdade se tirar de algumas pessoas para outras pessoas. E nesse momento ela se torna instrumento de espoliação”.

Negar essa função redentora ao Estado é como ir de encontro ao que é “certo”; rechaçar o que é politicamente correto. Ao passo que defender a “libertação dos oprimidos de seus opressores” é o mesmo que agir em nome e para o bem da humanidade.

Hoje em dia não se pode fazer a mínima paródia no palco a respeito dos poderes existentes. Nenhuma observação desrespeitosa sobre sindicatos, cooperativas, empresas dirigidas pelo governo, déficits orçamentários e outros aspectos do estado previdenciário é tolerada. (MISES, 2010a, p. 46).

Quando Hayek (2010, p. 133) ensina que as políticas de governo vigentes por toda parte, conectoras do “privilégio da segurança ora a este grupo, ora àquele, vai rapidamente criando condições em que o anseio de segurança tende a sobrepujar o amor à liberdade”, está-se diante não somente de uma clara alusão à segurança no sentido “militar”, como também a tudo aquilo que nos é dado como “direitos” e deles precisamos para viver: alimento, saúde, educação etc. Na realidade, o que Hayek pretende mostrar é que a tendência de acomodação do ser humano, de estar seguro e amparado em seus pretensos direitos, acaba por eliminar a busca pelo novo, que, por vezes, pode ser-lhe muito mais benéfico.

Não podemos censurar os nossos jovens quando preferem o emprego seguro e assalariado aos riscos do livre empreendimento, pois desde a mais tenra idade ouviram falar daquele como de uma ocupação superior, mais altruísta e mais desinteressada. **A geração de hoje cresceu num mundo em que, na escola e na imprensa, o espírito da livre iniciativa é apresentado como indigno e o lucro como imoral, onde se considera uma exploração dar emprego a cem pessoas, ao passo que chefiar o mesmo número de funcionários públicos é uma ocupação honrosa.** (HAYEK, 2010, p. 135-136, grifo nosso).

Em função de terem suas ambições frustradas, as pessoas buscariam um “bode expiatório” a quem pudessem creditar toda a culpa pelas suas faltas de êxito. Imbricam-se de um sentimento no qual acreditam continuar pobres por que são honestas e decentes, ao passo que a ordem social privilegia os salafrários e desonestos, aqueles que trapaceiam em nome do lucro e de seus interesses individuais (MISES, 2010a, p. 21). Finalizam dizendo que todos aqueles que se



encontram em situação de pobreza devem unir-se à causa antiliberal para que juntos possam mudar os rumos da civilização. É a externalização da luta de classes referida por Marx (2012): pobres devem ser socialistas, ricos capitalistas.

Ao lidar com a política interna, supõe-se que “natural e necessariamente” os não ricos são favoráveis aos programas radicais – planejamento, socialismo, comunismo –, ao passo que apenas os ricos têm motivos para votar pela preservação da economia de mercado. Esta suposição dá como evidente a principal ideia socialista segundo a qual os interesses econômicos das massas são prejudicados pela ação do capitalismo, em proveito exclusivo dos “exploradores”, e que o socialismo elevará o padrão de vida do homem comum. (MISES, 2010a, p. 39-40).

Entretanto, Tim Maia, aparentemente, estava errado<sup>6</sup>! Pobre pode sim ser de direita. Não só pode como deve! Em outras palavras: ninguém melhor do que o pobre para saber como é ter o Estado roubando o pouco que ele tem.

Bastiat (2010, p. 50) é extremamente feliz ao dizer que os homens devem deixar de usar as suas sensibilidades como pretexto para esperar tudo da lei, e, por conta e inteligência próprias, partirem em busca da prosperidade e da felicidade, o que, em última análise, trata-se da busca pela própria cidadania. Afirmava ele que “enquanto os homens imaginarem que sua relação com o estado é a mesma que existe entre o pastor e seu rebanho, tudo permanecerá como está”.

Percebe-se, portanto, o quão latente é a sanha anticapitalista na sociedade, que vive à espera de uma atuação forte do Estado na resolução de seus problemas. Como se verá na sequência, quando essa atuação se der a partir de pessoas não-autorizadas para tanto, como é o caso dos juízes, estar-se-á diante de um sério risco à própria democracia.

---

<sup>6</sup> O músico Tim Maia é o autor de uma frase bastante difundida entre os críticos do pensamento liberal. Segundo ele, “o Brasil é o único país em que além de puta gozar, cafetão sentir ciúmes e traficante ser viciado, o pobre é de direita” (SIC).

## 2 O ATIVISMO IDEOLÓGICO

### 2.1 O papel do juiz-ativista

A decisão jurídica – emanada por um ator estatal, diga-se –, muitas vezes é apresentada com uma verdadeira carência de fundamentação, abrindo espaço para a discussão que a Crítica Hermenêutica do Direito trava na academia acerca da validade ou não de uma atuação baseada na decisão conforme a consciência do juiz em um Estado Democrático de Direito.

O magistrado é percebido como um ser singular na sociedade, uma vez que faz parte de uma carreira burocrática-estatal, e, ao mesmo tempo, coloca-se como ator carismático na vida social, responsável pela concretização de direitos. Lenio Streck (2010, p. 30) discorre acerca da criação de um imaginário no seio da sociedade, amplamente sustentado pela doutrina, que garante fundamentação para o que ele chama de agir solipsista do juiz, isto é, o decidir conforme a sua própria consciência, e que, ao cabo, levaria à própria perda de espaço da lei pela vontade do juiz.

A discricionariedade do intérprete/aplicador, isto é, o juiz do caso concreto, decorre do paradigma da filosofia da consciência, que Streck (2014a, p. 304) contextualiza como sendo uma aposta do sujeito como centro produtor do sentido. Isso vem causando, segundo ele, a ampliação desmedida de conceitos como o da dignidade da pessoa humana, já que o juiz se responsabiliza por encontrar no âmago da Constituição os limites da sua aplicação e alcance. Passa-se, então, a um novo patamar no Direito, com a superação do que se entende por “letra fria da lei”.

O jurista gaúcho vai mais além ao descrever a propensão da comunidade jurídica brasileira a ainda continuar combatendo o velho positivismo-exegético. Diz ele haver o imaginário da existência de apenas dois tipos de juízes: o positivista, apegado à lei; e o pós-positivista, que pretere a lei em favor dos princípios. Segundo Streck (2014c, p. 151), o pensamento dominante é de que o primeiro, o “juiz da lei”, deve desaparecer, ao passo que o “juiz dos princípios” é o modelo a ser seguido.

Na doutrina brasileira, o subjetivismo-solipsista é amplamente difundido nos ensinamentos de importantes processualistas, como José Roberto dos Santos

Bedaque e Cândido Rangel Dinamarco. Afirmam eles não haver necessidade de o juiz se prender ao texto frio da lei se o espírito do Direito na atualidade caminha em sentido oposto ao da literalidade da norma, estando defeso ao magistrado utilizar-se de uma interpretação sistemática para fazer cumprir o Direito (STRECK, 2010, p. 42).

Está-se, portanto, diante de uma teoria que prioriza a “boa escolha” do juiz em detrimento do que foi democraticamente estabelecido pelo legislador, o que, sem dúvida alguma, trata-se de um passo extremamente caro a uma sociedade calcada nos fundamentos do Estado Democrático de Direito, como no Brasil. Seria, no entendimento de Streck (2010, p. 47), reconhecer que a Constituição deu ao juiz o poder de complementá-la a seu bel-prazer, o que, mal ou bem, desembocará em um decisionismo eufórico.

Ao contrário do que muitos acreditam, trata-se de um equívoco a crença de que a aplicação da “letra fria da lei” é tão somente uma característica do positivismo, e que, por consequência, está (deve ser) superado. O paradigma que vive o direito na atualidade abre caminhos para o entendimento do que Elías Diaz convencionou chamar de “legalidade constitucional” e do próprio avanço que desemboca a sinonímia texto-norma (STRECK, 2014c, p. 146).

Nesse passo, repisa-se a importância da hermenêutica na árdua tarefa de superar o pragmatismo que se encontra no assujeitamento do objeto pelo sujeito.

No fundo, pragmatismo ou pragmaticismo quer dizer: os juízes podem corrigir o legislador, usando para isso argumentos de conveniência ou de política. Para cada caso, o juiz escolhe a melhor resposta, segundo as suas conveniências (que são, *ratio final*, argumento de política). (STRECK, 2014a, p. 304).

Na visão de Clarissa Tassinari (2013, p. 26), criou-se um imaginário no mundo jurídico de que o direito brasileiro é extremamente dependente das decisões judiciais, que se tornaram responsáveis pela definição de tudo o que seja mais relevante na sociedade.

O texto constitucional brasileiro, por vezes utópico, provém da extrapolação do mandato que o povo conferiu ao legislador constituinte, o qual avançou em todos os temas da vida nacional, conferindo pretensos direitos aos cidadãos, alguns dos quais impossíveis de se concretizarem, como já denunciava o economista e deputado constituinte Roberto Campos na gestação da Carta de 1988. Segundo

ele, todas as pessoas têm um instinto utópico adormecido dentro de si, e quando têm a oportunidade, como no caso do constituinte, são tentadas a inscrever na Lei a sua utopia (1990, p. 209).

Aliás, é preciso dizer que Constituição de 1988 nasce órfã de uma teoria que lhe permita efetivar o que o seu próprio texto diz, como aponta Tassinari (2013, p. 112-113) a partir da contribuição de Streck para a Crítica Hermenêutica do Direito.

Com o novo constitucionalismo surgido após as grandes guerras, as Constituições se veem ampliadas por artigos que garantem diversos direitos aos cidadãos, aumentando a densidades das Cartas, que passaram a ser não apenas um elemento organizacional do Estado, mas também a influenciar diretamente na política governamental, irradiando o seu Texto por todo o sistema jurídico (TASSINARI, 2013, p. 44-45).

Inegável que nosso país não passou pelas transformações sociais tal qual a Europa, que proporcionaram a consagração do caráter supremo da Constituição. Com efeito, a Carta de 1988 inaugura um novo tempo na história brasileira, incorporando direitos que norteiam mudanças que a sociedade precisava. Entretanto, esses direitos insculpidos não existem por si, precisam ser efetivados. É nesse espeque que se mostra necessária a construção de uma teoria constitucional para países como o Brasil – de modernidade tardia.

Efetivamente, a Constituição de 1988 consagrou muitos direitos essenciais para a vida em sociedade, como o que concerne à saúde, para citar um exemplo. Entretanto, escrever no texto da Carta que os brasileiros têm direito à saúde torna-se inócua quando não se tem como garantir que essa saúde seja efetivada. Diante desse panorama, dezenas de ações de medicamentos são ajuizadas todos os dias, cobrando do Estado o Direito que ele não dá aos seus cidadãos. E, conseqüentemente, muitas sentenças diárias condenam esse Estado a pagar o tratamento de saúde que o particular, inegavelmente, necessita.

Segundo dados do *site* do Ministério do Planejamento (BRASIL, 2015), para o ano de 2015, a União estima gastar o equivalente a R\$ 2,08 bilhões de reais no fornecimento de medicamentos e tratamentos de saúde através de processos judiciais. Importante se frisar que esse montante é a destinação que somente a União Federal despenderá, sem contar as cifras que os estados e municípios terão que arcar. Relevante destacar, ainda, que o Supremo Tribunal Federal consubstanciou o entendimento de que não pode ser invocada a cláusula da

Reserva do Possível ante a inércia estatal que porventura possa resultar em lesão ou ameaça a direitos constitucionais fundamentais, sem motivo objetivamente aferível (BRASIL, 2004).

Ao se analisar essas decisões, percebe-se com clareza que, para cada sentença que concede o direito à saúde a uma pessoa, há um juiz protagonista do bem-estar social por trás dela, dando ao povo o que eles já deveriam ter recebido do Estado. Da mesma forma que o exemplo citado, inúmeras outras áreas são afetadas diariamente pela judicialização da política, como a educação quando se obriga a disponibilização de vagas em escolas; a reinterpretação da Constituição para equiparar as uniões homo às heteroafetivas<sup>7</sup>; a decisão que mandou marcar nova data do ENEM para judeus (RODRIGUES, 2009); ou mesmo a atividade legislativa/executiva exercida pela Justiça Eleitoral, só para citar mais alguns exemplos.

Streck (2014a, p. 285) ensina que, na falta de uma teoria constitucional própria, os juristas brasileiros abraçaram teorias alienígenas, as quais, em sua maioria, foram recepcionadas de maneira equivocada, apostando-se, no mais das vezes, no protagonismo judicial.

Exemplo disso é a recepção da jurisprudência dos valores, oriunda da Alemanha, que, quando da sua concepção, vivia uma realidade extremamente diferente da brasileira. Na verdade, o judiciário alemão precisava legitimar uma Constituição que não havia sido constituída amplamente pelos cidadãos, já que fora outorgada pelos Aliados em 1949. A partir disso, houve a necessidade de se invocar argumentos que dessem permissão ao Tribunal Constitucional para se valer de critérios que estivessem fora da lei e usá-los como razão de decidir. Os valores são, portanto, a abertura da legalidade extremamente fechada (STRECK, 2014a, p. 285-286). Como já referenciado, uma realidade totalmente diferente da brasileira, já que por aqui nem mesmo a lei “emplaca”.

Em *terrae brasilis*, a jurisprudência dos valores é usada para admitir que o juiz possa se desvincular da legalidade no momento em que não conseguir resolver um caso através da legislação – e, por conseguinte, decidir conforme sua própria consciência –, o que o faz assumir um papel superpoderoso na sociedade (TASSINARI, 2013, p. 113-114).

---

<sup>7</sup> Vide o julgamento da ADI 4277 e da ADPF 132, ambas no Supremo Tribunal Federal (Supremo reconhece união homoafetiva, 2011).

Outro exemplo é a aplicação da ponderação de princípios de Robert Alexy. A arbitrariedade com que se usa o princípio da dignidade da pessoa humana está intimamente ligada à discricionariedade do juiz que, ponderando os diversos princípios existentes, busca respaldo para decidir a questão que se lhe apresenta, ainda que essas decisões possam estar conflitantes entre si.

Aliás, Streck (2014a, p. 44) esclarece que a concepção de Estado Democrático de Direito surgida a partir do novo constitucionalismo dá azo à admissibilidade da interferência do Estado-judiciário nas funções que, privativa e inicialmente, deveriam competir ao Estado-legislativo e/ou Estado-executivo. Diz ele, entretanto, que esse suprimento protagonizado pela via judicial deve ocorrer nos limites do que a própria Constituição de 1988 permitiu, citando como exemplo o Mandado de Injunção, a inconstitucionalidade por omissão e a Arguição por Descumprimento de Preceito Fundamental, e que a utilização desses mecanismos previstos na Carta já acende a luz amarela na própria democracia.

Conceição, Costa, Ferreira (2014) aduzem que a construção do Direito pós-guerras, onde as pessoas passam a ser sujeitos de direitos, dá especial relevância para a discussão da soberania do Estado, que, a partir das atrocidades acontecidas com as Guerras, pode ser visto como o grande agressor dos direitos humanos.

Ademais, convém discutir-se acerca dos fundamentos que justificam uma decisão judicial proclamar garantir a proteção que a lei negou à uma parte<sup>8</sup>, e até mesmo da legitimidade de um juiz, que não está naquela posição por vontade da sociedade, mas por seu esforço pessoal, literalmente fazer uma lei quando a existente não pode, ou não se quer aplica-la. Parece tratar-se de questões extremamente complicadas se analisadas sob a égide de um direito baseado na supremacia da Constituição.

A política constitucional tem sido atrapalhada e corrompida pela ideia falsa de que os juízes (se não fossem tão sedentos de poder) poderiam usar estratégias de interpretação constitucional politicamente neutras. Os juízes que fazem eco a essa ideia falsa procuram ocultar até de si próprios a inevitável influência de suas próprias convicções, e o que resulta daí é uma suntuosa mendacidade. Os motivos reais das decisões ficam ocultos tanto de uma legítima inspeção pública quanto de um utilíssimo debate público. Já a leitura moral prega uma coisa diferente. Ela explica porque a fidelidade à

---

<sup>8</sup> Como exemplo, a decisão da 3ª Câmara Cível do TJ-MA, que reconheceu união estável e partilhou bens do *de cujus* que, simultaneamente, convivia com uma esposa e uma companheira. No acórdão, os juízes entenderam por unanimidade que a justiça não poderia ficar alheia aos clamores pela proteção que a lei deixou de conferir à sociedade, ainda, que **“o enunciado normativo não encerra, em si, a justiça que se busca”** (MARANHÃO, 2014).

Constituição e ao direito *exige* que os juízes façam juízos atuais de moralidade política e encoraja assim a franca demonstração das verdadeiras bases destes juízos, na esperança de que os juízes elaborem argumentos mais sinceros, fundados em princípios, quem permitam ao público participar da discussão (DWORKIN, 2006, p. 56).

Importa nesta altura, fazer-se a distinção entre *decisão* e *escolha*. Para Streck (2010, p. 105-06), escolher é o ato de acatar uma posição que se parece a mais adequada diante de várias soluções possíveis para um caso concreto. É uma opção que o intérprete faz. Ao passo que a decisão se dá a partir da compreensão do “todo que se antecipa”, isto é, aquilo que a comunidade jurídica construiu como direito, e que não resulta da soma de diversas partes, mas sim da melhor interpretação do direito como um todo. Em outras palavras: *decisão* é o compromisso com a compreensão do que o povo constrói como direito; e *escolha*, o elemento de discricionariedade e até arbitrariedade, no momento em que se parte de duas premissas e se decide por uma delas.

Assumindo a tese da existência de uma única resposta certa, proposta por Ronald Dworkin, Streck (2014a, p. 316-317) posiciona-se contra a discricionariedade da teoria alexyniana, que trabalha a possibilidade de o julgador escolher entre as múltiplas respostas que se lhe apresentam. Nesse prisma, o julgamento como um ato de vontade não encontra respaldo na Crítica Hermenêutica do Direito, que sob o enfoque dworkiniano, crê que o juiz não deve explicar o que lhe convenceu, mas sim o que motivou a sua compreensão, fundamentando o porquê a interpretação adotada é a mais correta perante a Constituição (STRECK, 2014a, p. 320).

Veja-se que a judicialização acaba por provocar um efeito inverso extremamente prejudicial à sociedade, que é o enfraquecimento da própria democracia representativa. Ocorre uma descrença na lei e passa-se a crer no magistrado, que, na perspectiva de Antoine Garapon (1999), é visto na contemporaneidade como um “guardador de promessas”. Ainda, segundo o jurista francês, o ativismo judicial tem início quando a escolha protagonizada pelo juiz é focada na promoção de uma mudança social, ou em travá-la<sup>9</sup>.

Nesse sentido, Streck (2014c, p. 54) esclarece que, ao se conceber que a discricionariedade do intérprete é inerente ao próprio Direito, está-se apostando no

---

<sup>9</sup> Essa visão do juiz como protagonista das transformações sociais e da realidade cotidiana das pessoas é bastante difundida no movimento estudantil de direito, onde, não raras vezes, incentiva-se a tomada de espaços no seio do judiciário para promover as mudanças que a sociedade precisa, sob uma roupagem “democrática”.

protagonismo do juiz, e termina afirmando que discricionariedade não tem um bom relacionamento com a democracia.

## **2.2. A busca pela “justiça social”**

Percebe-se, por vezes, a existência de um pano de fundo na atuação dos juízes, imbuídos na efetivação do que se entende por “justiça social”. Apesar do inciso I do artigo 3º da Constituição Federal também estabelecer como objetivo da República a construção de uma sociedade justa, parece bastante complicado acreditar no Estado como indutor dessa justiça (social), até porque esse termo deve ser visto com bastante cuidado, na esteira dos ensinamentos de Friedrich Hayek (1985, p. 104). Para ele, a justiça social visa à igualdade material, isto é, que todos tenham posições iguais no seio da sociedade, independentemente de suas habilidades, conhecimentos e perseverança, o que, para efetivar-se, exigiria de um planejador central o tratamento muito desigual entre as pessoas, na busca pela almejada equivalência. E isso, por fim, abriria caminho para o totalitarismo.

Veja-se que Streck (2010, p. 105) também dialoga nesse sentido, afirmando que, em última análise, o juiz que decide por si mesmo faz uma escolha, que é sempre parcial. E o sinônimo de escolha – diz ele – é discricionariedade, ou, na maior parte das vezes, arbitrariedade.

Ressalte-se, ainda, que não penso que haja diferença entre discricionariedade e arbitrariedade. Toda decisão é um ato de poder e, se este poder não estiver completamente legitimado, ou melhor, fundamentado em pressupostos constitucionais, que são condicionantes, estar-se-á, então diante de um poder ilegítimo. Ou seja, não há como aceitar, no interior de um constitucionalismo democrático, que haja uma tomada de decisão “meio fundamentada” ou “meio legitimada” (STRECK, 2014a, p. 328).

Para Hayek (1985, p. 89), em uma sociedade livre as coisas acontecem por si, não são planejadas por ninguém, e, portanto, não podem ser consideradas justas ou injustas, já que o conceito de justiça exige a adequação de condutas pessoais a certas normas de conduta tidas como moralmente válidas. Em outras palavras, não se poderia cobrar da natureza, em última análise a responsável pelos fatos imprevisíveis (bons ou ruins), que aja com justiça.



Poder-se-ia objetar que, embora não possamos dar à expressão 'justiça social' um significado preciso, isso não constitui necessariamente uma objeção fatal, porque a posição pode ser semelhante à que antes afirmei existir em relação à justiça propriamente dita: talvez não saibamos o que é 'socialmente justo', contudo sabemos perfeitamente o que é 'socialmente injusto'; e, pela eliminação sistemática da 'injustiça social', onde quer que a encontremos, poderíamos aproximar-nos aos poucos da 'justiça social'. Isso, no entanto, não resolve a dificuldade básica. Não há prova que nos permita descobrir o que é 'socialmente injusto' porque não há um sujeito pelo qual essa injustiça possa ser cometida, nem normas de conduta individual cuja observância na ordem de mercado pudesse assegurar aos indivíduos e grupos uma posição que como tal (em contraposição ao processo pelo qual ela é determinada) nos parecesse justa. A expressão 'justiça social' não pertence à categoria do erro, mas à do absurdo, como a expressão 'uma pedra moral' (HAYEK, 1985, p. 97-98).

Hayek (1985, p. 88) discorre ainda acerca da impossibilidade de haver uma justiça social dentro de uma sociedade verdadeiramente livre, afirmando que somente uma sociedade dirigida poderia abarcar tal conceito.

Ora, como já dito, não adianta inculpir no texto da Constituição uma gama de direitos se não há base social para efetivá-los. Já naquela época Hayek (1985, p. 106) afirmava que a simples alteração das normas consideradas justas não produziria a justiça social.

O economista austríaco vai mais além ao tratar do próprio problema da discricionariedade judicial.

Na verdade, à medida que o planejamento se torna cada vez mais amplo, faz-se necessário abrandar na mesma proporção as disposições legais, mediante referência ao que é "justo" ou "razoável": isto significa que é preciso cada vez mais deixar a decisão do caso concreto ao poder discricionário do juiz ou da autoridade competente (HAYEK, 2010, p. 93).

E conclui dizendo que, enquanto uma ordem liberal clássica exigia de cada indivíduo uma ação justa, a atual ordem social coloca nas mãos de uma autoridade dotada de poder o dever de fazer a justiça, ou melhor, de ordenar às pessoas o que elas devem fazer, segundo a sua concepção de justiça (1985, p. 83).

Para Hayek (1985, p. 102), o motivo de se exigir que o Estado promova a justiça social é a crença, equivocada, de que as desigualdades previamente existentes são frutos da decisão de alguém que não seja o Estado. Nesse passo, é importante enfatizar o paradoxo que se criou: deve-se combater as decisões geradoras de desigualdades praticadas por um ser não-estatal com decisões emanadas por um ser estatal, que, em última análise, queira-se ou não, também é

humano, e, por consequência, passível de erro. Segundo essa concepção, estaria o humano a serviço do Estado dotado de uma superioridade moral que o faz melhor do que os seus pares não-estatais. Defender a bandeira da justiça social torna o homem bom, dotado de uma consciência moral que o distingue das demais pessoas (1985, p. 84). Parece, assim, ser moralmente justo que se defenda a justiça (social).

Trata-se da mesma ótica utilizada por Robert Alexy para justificar as decisões baseadas em considerações de justiça (que é moral), e não exclusivamente a partir do direito (STRECK, 2014c, p. 51).

Em profunda análise, a concepção acerca da justiça social trazida à baila por Hayek está na mesma da que Mises (2010, p. 23) denunciava como sendo a mentalidade anticapitalista. Trata-se da aversão fruto da inveja aos seus pares com mais êxito, frustrando as próprias ambições.

Nessa linha, não parece factível a afirmação de Streck (2014a, p. 97) quando diz que o Estado é o único agente que poderia acabar com as desigualdades sociais existentes em nosso país. Crer nisso seria desconsiderar a importante atuação do mercado como transformador da realidade social, e também da própria iniciativa das pessoas em melhorar suas vidas. E, para além disso, a discussão acerca da desigualdade deve ser muito mais profunda<sup>10</sup>, mas que foge ao tema aqui proposto.

Assumindo a existência de uma mentalidade pré-concebida acerca da economia de mercado, no sentido de que esta provoca a exploração dos cidadãos pelos detentores dos meios de produção, e, por consequência, não garante a efetividade dos direitos que cada um tem, discute-se se o juiz estaria justificado a preterir os princípios de uma sociedade livre e promover o que entender por justiça social. Streck dirá que não, considerando a sua constante luta contra o ativismo. Já Hayek atacará diretamente a propensão do agente a promover a justiça social.

Nesse jogo de poder, não se vê nenhuma diferença na figura de quem estabelecerá o que é socialmente justo, seja ele o Estado-executivo, ou o Estado-judiciário. Não importa quem seja o ator, mas sim o resultado que a sua ação produzirá.

---

<sup>10</sup>Discute-se hoje que a desigualdade social, em si, não é um problema; mas sim, o é, a pobreza. Nesse sentido, não parece imoral que uma pessoa tenha muitos recursos e outra menos, desde que a que tenha menos viva com dignidade – isto é, longe da miséria –, e tenha condições de crescer e também, quiçá, torna-se “rica” (OSTERMANN, 2014).

Afinal, se alguém tem de decidir por último, a pergunta que se põe obrigatoriamente é: de que modo podemos evitar que a legislação – suposto produto da democracia representativa (produção democrática do direito) – seja solapada pela falta de legitimidade da jurisdição? (STRECK, 2014a, p. 303).

Importa referir que o conceito de democracia adotado em nosso país é a representativa, exercida por pessoas legitimamente eleitas pelo povo. Não se pode negar o caráter democrático da jurisdição, mas deve ser considerado o risco de se depositar a democracia no Poder Judiciário (STRECK, 2014a, p. 303), momento em que se fica a mercê de um possível decisionismo.

Na verdade, o “drama” da discricionariedade que critico reside no fato de que *esta transforma os juízes em legisladores*. E, para além disso, esse “poder discricionário” propicia a “criação” do próprio objeto de “conhecimento”, típica manifestação do positivismo. Ou seja, a razão humana passa a ser a “fonte iluminadora” do significado de tudo o que pode ser enunciado sobre a realidade. As coisas são reduzidas aos nossos conceitos e às nossas concepções de mundo, ficando à *dis*-posição de um protagonista (intérprete *lato sensu*). Consequências disso? Inúmeras. (STRECK, 2010, p. 93-94).

Comparativamente, pode-se traçar uma analogia da participação dos juízes na decisão judicial à dos árbitros de futebol. Ninguém vai a um estádio para ver o árbitro fazer gol. Não há justificativa, portanto, para se esperar o protagonismo de um juiz ao tomar uma decisão, já que não é dada a ele a função de goleador, mas tão-somente a de aplicar as regras que preexistem à partida. Nesse caso, as partes que buscam uma solução na justiça para seu litígio são os jogadores, que jogarão a partida diante das regras existentes. São elas que “devem brilhar” nesse jogo. O juiz, e o árbitro, não foram eleitos; estão lá pelo conhecimento e técnica que adquiriram. O árbitro não pode ser mais importante que os jogadores.

Dessa forma, não se pode cogitar a hipótese de o jurisdicionado ficar à sorte de um decidir conforme a própria consciência. Ora, o direito não nasce da vontade do intérprete, não pode ser aquilo que quem interpreta quer que seja. Mais, trata-se de um verdadeiro dilema da contemporaneidade construir condições para que o poder dos juízes não se sobreponha ao próprio direito. Ressalta Streck (2014b) que “quando o judiciário se arvora como arauto da justeza e da correção legal pela via da facticidade, ele está, em vez de avançar, atrasando o progresso do direito”.

Sem dúvida alguma, a hermenêutica tem o papel de blindar interpretações arbitrárias, discricionariedades e/ou decisionismos, já que a teoria da argumentação

jurídica aposta na vontade do intérprete para fundamentar a decisão judicial. O ativismo deve, portanto, ser combatido, pelo compromisso que se tem com a Constituição e a legislação que foi democraticamente construída. Não pode o juiz, a partir das suas convicções a respeito do mundo, corrigir moralmente as leis que por ele são consideradas “defeituosas” (STRECK, 2010).

Percebe-se, assim, que o ativismo criticado por Streck através da Hermenêutica do Direito vai ao encontro da crítica miseniana a respeito da existência de uma mentalidade pré-concebida acerca da liberdade de mercado. Os juízes/intérpretes da lei, ao se depararem com um caso concreto em que devem se utilizar dos princípios insculpidos na Constituição, aproveitando-se de suas concepções de cunho ideológico, e na ânsia de promoverem aquilo que entendem por justiça social, caem na perigosa sedução do ativismo judicial, o que, ao cabo, trará enormes prejuízos à sociedade que tem como um de seus fundamentos a liberdade.

O ativismo pela justiça social, em contraposição à uma suposta excrecência do capitalismo, mais prejudica as relações entre as pessoas do que as ajuda. Preterir a liberdade em favor da intervenção estatal, como se viu através dos ensinamentos de Mises, Bastiat e, principalmente, Hayek (2010), desembocará no caminho para o totalitarismo. E, quando se está diante de alguém que detém em suas mãos um grande poder, como os juízes, não se pode conceber que o seja usado para decidir conforme a sua própria consciência, sobretudo quando suas premissas morais se sobrepõem àquilo que democraticamente foi produzido pela sociedade.

### 3 O ANTICAPITALISMO JUDICIAL NA PRÁTICA E O NECESSÁRIO CONTRAPONTO AO ATIVISMO

Por vezes, inúmeras decisões judiciais vêm arraigadas de forte cunho social, influenciadas pela cultura anticapitalista produzida em larga escala no Brasil. Sob essa perspectiva, encampando uma suposta proteção aos mais fracos, o Estado-Juiz se arvora no direito de determinar a vida das pessoas, como agirão, quais serão seus horários de trabalho, quanto deverão pagar na escola de seus filhos, de quem poderão comprar combustível, e um número infinito de regulações cotidianas que interferem diretamente na vida da sociedade.

A partir da Crítica Hermenêutica do Direito, percebe-se o caminho perigoso em que se encontram dezenas de magistrados que utilizam o *decidir conforme sua consciência* para dar aos julgados as mais variadas possibilidades de desfechos. Some-se a isso a existência de uma ideia pré-concebida acerca do que é justo e injusto na vida social, marcada pela aversão a princípios que possibilitam às próprias pessoas decidirem os rumos de suas vidas, notadamente aqueles que defendem a liberdade em suas múltiplas facetas – pensamento, credo, associação, expressão, mercado, trabalho, e tantas outras inseridas na Constituição de 1988, especialmente nos incisos de seu artigo 5.º –, e o entendimento de que cabe ao Estado o dever de tornar as pessoas livres do julgo de empresários maldosos que buscam o lucro a qualquer custo. Está-se diante do cenário perfeito para o agir solipsístico do “juiz anticapitalista”.

Sob essa perspectiva, o magistrado que deseja promover a justiça social em sua jurisdição, invocando a teoria da ponderação de Alexy, utilizar-se-á preferencial, e necessariamente, daqueles princípios que possibilitem externar a sua vontade de mudar o mundo a partir da visão pela qual se entende que o Estado é o melhor provedor das necessidades das pessoas.

Essa lógica do Estado como único ser capaz de fazer pelos cidadãos aquilo que eles precisam, aparentemente, é bastante fraca. Já em 1994 a ex-premiê britânica Margaret Thatcher debatia acerca da maior necessidade que todos os seres humanos têm diariamente, que é o alimento. Dizia ela que o Estado não detém o monopólio da comida, mas, ao contrário, cabe à iniciativa privada prover o

alimento que se consome (Privatização era um dos temas favoritos de Margareth Thatcher, 2013). E, aparentemente, isso tem dado certo.

O Título VII da Constituição Federal, ao tratar sobre a Ordem Econômica e Financeira, estabelece como fundamentos da ordem econômica a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa. No mesmo sentido, ao discorrer sobre os princípios norteadores da economia brasileira, a Constituição prevê expressamente entre eles o da livre concorrência<sup>11</sup>. Convém lembrar, por oportuno, que a Lei Maior traz em seu artigo primeiro a livre iniciativa como um dos fundamentos da República<sup>12</sup>. Inegável, portanto, que a Carta adotou como sistema econômico o capitalismo.

Dito isso, passa-se à análise de dois casos do Pretório Excelso em que houve discussão sobre os princípios a serem adotados no julgamento, se aqueles que tendem à liberdade, ou os que pretendem realização da “justiça social”.

### 3.1 ADI 319-4/DF: educação e regulação de preços *versus* livre iniciativa

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 319-4 (BRASIL, STF, 1993), oriunda do Distrito Federal, a discussão se ateve à constitucionalidade ou não da Lei estadual nº 8.039/90, que dispunha sobre critérios de reajuste das mensalidades escolares em instituições de ensino privado. Em outras palavras, discutiu-se acerca da possibilidade do Estado determinar os valores das mensalidades a serem pagas às instituições de ensino, incluindo o tabelamento de preços.

Por maioria de votos dos Ministros do STF, acordou-se que, para conciliar o fundamento da livre iniciativa e o princípio da livre concorrência com os princípios da defesa do consumidor e o princípio da redução das desigualdades sociais, cabe ao

<sup>11</sup>Art. 170. **A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa**, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...];

**IV - livre concorrência**; (Grifo nosso).

<sup>12</sup>Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...];

**IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa**; (Grifo nosso).

Estado a competência para regular os preços de bens e serviços, tudo sob o manto da realização da justiça social.

De início, o Relator da Ação, Ministro Moreira Alves, apoiou-se na doutrina do constitucionalista Celso Bastos para afirmar que a liberdade de mercado não é absoluta, já que deveria sofrer temperamentos a partir do que a Constituição diz (BRASIL, STF, 1993).

Na sequência, o magistrado discorre acerca da justiça social pretendida pela Carta da República, aduzindo que se trata de justiça distributiva, a qual visa assegurar a todos os cidadãos uma existência digna.

Reconhece ele a ênfase que a Constituição de 1988 deu à livre iniciativa, consolidando-a como fundamento da ordem econômica, diferentemente dos Textos anteriores. Entretanto, aduz que ela também teria destinado especial importância à justiça social como limitação tanto do fundamento quanto do princípio da livre concorrência, porquanto consagrou no inciso IV do artigo 1º os valores “sociais” da livre iniciativa como fundamento da República, entre outros.

Nesse ponto, é cristalino o conflito entre princípios a serem usados pelo julgador/intérprete: de um lado o princípio da livre concorrência; de outro, os princípios da defesa do consumidor e o da redução das desigualdades. O Ministro Moreira Alves não hesita em fazer a sua escolha:

Para se alcançar o equilíbrio da relatividade desses princípios – **que, se tomados em sentido absoluto, como já salientei, são inconciliáveis** – e, portanto, **para se atender aos ditames da justiça social que pressupõe esse equilíbrio**, é mister que se admita que a intervenção indireta do Estado na ordem econômica não se faça a posteriori, com o estabelecimento de sanções às transgressões já ocorridas, mas também a priori, até porque a eficácia da defesa do consumidor será sensivelmente reduzida pela intervenção somente a posteriori, que, às mais das vezes, impossibilita ou dificulta a recomposição do dano sofrido.

(...)

É certo que, entre as funções executivas que esse dispositivo confere, nesse terreno, ao Estado, não consta do texto constitucional vigente a de controle a que aludia, na esteira dos anteriores, o projeto final da Comissão de Sistematização (artigo 203, caput), mas a retirada desse controle *in concreto*, que daria a possibilidade de ingerência direta do Estado na vida das empresas, não diminuiu o papel do Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica, papel esse que se situa no terreno da normatividade a não da execução. **E, portanto, para conciliar o fundamento da livre iniciativa e do princípio da livre concorrência com os de defesa do consumidor e da redução das desigualdades sociais, em conformidade com os ditames da justiça social, pode o Estado, por via legislativa, regular a política de preços de bens e de serviços, abusivo que é poder econômico que visa ao aumento arbitrário dos lucros.** (BRASIL, STF, 1993). (Grifo nosso).

O que se depreende do excerto acima é a real tentativa de promover o controle de preços tendo como manto a realização de uma suposta justiça social, à revelia do que o próprio Ministro reconhece em seu voto: nas Constituições anteriores havia previsão expressa acerca da função executiva de controle do Estado; na atual, em que pese tenha feito parte do projeto final da Constituição, foi suprimida do Texto. Isso quer dizer que prevaleceu o entendimento ao invés da compreensão, isto por que não se cogita das consequências que a interferência estatal causa na economia (a compreensão do todo que se antecipa), mas tão somente o entendimento de que o Estado deve promover uma justiça.

Ademais, logo no início do trecho acima referenciado, percebe-se claramente o agir solipsístico do magistrado, que reconhecendo a incompatibilidade dos princípios, diz ser a justiça social o ponto de equilíbrio entre eles, e nisso fundamenta a sua escolha pela regulação de preços.

Mais, estabelece o referido julgador que a livre iniciativa somente constitui uma liberdade legítima se for exercida sob os ditames da justiça social, taxando-a de ilegítima quando o seu exercício tiver como objetivo a realização pessoal do empresário (BRASIL, STF, 1993). Possivelmente, Friedrich Hayek (1985) abominaria tal afirmação, considerando tanto a imprecisão do que representa a “justiça social”, quanto a impossibilidade de haver um planejamento de justiça (social) que não caminhe em direção à arbitrariedade.

Após pedir vista dos autos, o Ministro Marco Aurélio divergiu profundamente do voto exarado por Moreira Alves. Para aquele, a Constituição de 1988 é explícita ao estabelecer os princípios da economia de mercado como fundamentos da ordem econômica (BRASIL, STF, 1993). Em seu voto, Marco Aurélio rechaça a intervenção que considera indevida no mercado, porquanto crê ser de difícil configuração a possibilidade de haver abuso econômico na espécie de serviço em questão.

A Lei nº 8.039/90 veio ao mundo jurídico ao abrigo da atual Carta?

A Lei nº 8.039/90 preserva a livre iniciativa tão cara aos Estados Democráticos?

A resposta é, para mim, desenganadamente negativa. Assim o é porque no campo econômico prevalece como regra a liberdade de mercado, fator indispensável à preservação da livre iniciativa, repetida em vários dispositivos da Constituição, inclusive nos referentes ao ensino.

(...)

[a Lei nº 8.039/90] Interfere na livre concorrência dos estabelecimentos de ensino, distanciando-se, assim do mandamento constitucional pertinente –



inciso IV do artigo 170. Introduce mecanismo de preços que coloca em plano secundário a liberdade de mercado, acabando por forçar os prestadores dos serviços a aceitá-lo, ainda que em prejuízo até mesmo da qualidade do ensino e do empreendimento econômico, ante o evidente achatamento das mensalidades, com quebra, inclusive, da natureza sinalagmática dos contratos firmados, compreendida nesta a comutatividade. Pergunta-se: estará o ensino público em condições de fornecer atendimento educacional da hipótese? (BRASIL, STF, 1993).

Já o Ministro Celso de Mello demonstra em seu voto, ainda que de forma velada, o apreço que mantém pelo Estado. Aliás, obviamente, no contexto das decisões judiciais, na grande maioria das vezes não se perceberá manifestações explícitas em que se possa atribuir a mentalidade anticapitalista trabalhada por Mises. Estas vêm sempre de forma implícita no bojo das escolhas realizadas pelos intérpretes/julgadores quando são chamados a analisar um caso concreto.

Nesse sentido, Celso de Mello diz que:

O Estado não pode ser visto como um aparelho destinado a cumprir os desígnios de uma classe dominante. A modernização do Estado reflete, na realidade, as novas tendências que exigem a sua constante atualização. Sem transformações substanciais, que privilegiem a justa solução das graves questões sociais, o Estado terá, certamente, falhado à sua alta missão institucional (BRASIL, STF, 1993).

Mais à frente, o referido magistrado afirma que a criação do Estado Social e a sua implementação ao ordenamento jurídico brasileiro a partir da Constituição de 1934 mostra uma verdadeira superação aos obstáculos criados pelo liberalismo (BRASIL, STF, 1993). E, por fim, admite haver um dever do STF em não se manter insensível à preservação dos princípios que garantem ao Estado o poder de regulamentar e controlar as práticas econômicas.

Já o voto do Ministro Sepúlveda Pertence é deveras esclarecedor da sistemática adotada para se chegar à decisão exarada: a ponderação de princípios.

Um instrumento constitucional de concretização desta função permanente de ponderação de valores, que, em termos absolutos, se contradiriam, Senhor Presidente, é precisamente, na ordem econômica, a competência do Estado para intervir como agente normativo e regulador da atividade econômica, expressamente legitimado pelo artigo 174 da Constituição, que não se reduz, *data vênia*, a autorizar o papel repressivo do abuso do poder econômico, previsto num dos incisos do artigo 173: a meu ver, essa atividade normativa e regulatória compreende, necessariamente, o controle de preços, que, mostra Comparato, tanto se pode manifestar na fixação de preços mínimos, para estimular determinado setor da economia, particularmente em períodos recessivos, como na fixação de preços

máximo ou como se cuida, no caso, no estabelecimento de parâmetros de reajuste (BRASIL, STF, 1993).

Cabe, ainda, analisar o voto do Ministro Paulo Brossard, que mesmo votando pela constitucionalidade da Lei nº 8.039/90, e por consequência, da fixação de preços no setor educacional, aparentemente demonstra em seu juízo uma linha de decisão baseada na literalidade da norma constitucional, livrando-se de possíveis apegos ideológicos que porventura pudessem direcioná-lo.

Mas creio que o preceito constitucional quando fala em abuso do poder econômico, dominação de mercados, eliminação de concorrência, aumento arbitrários dos lucros, não está pensando no Ensino!

Volto a dizer que não nego possa haver exploração mercantilizada do Ensino; mas se existe é por tolerância e complacência da Administração Pública.

Tenho muito medo de intervenções quando arbitrárias, porque já vi muita coisa arbitrária nesse terreno, mas não me parece que a lei seja arbitrária; de qualquer forma penso que ela não conflita com os artigos invocados para impugnar a sua constitucionalidade. Este é o ponto fundamental. Nenhum dos dois preceitos invocados autoriza a conclusão pretendida pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino. Pelo menos não me parece seja patente, evidente e, acima de toda dúvida, razoável a pretensa inconstitucionalidade (BRASIL, STF, 1993).

Acerca do controle de preços, Ludwig von Mises (2010b) explica as consequências da adoção do intervencionismo para controlar o mercado que deveria ser flutuante, o que, em última análise, acabaria virando uma verdadeira “bola-de-neve”<sup>13</sup>, pois o Governo teria de planejar não somente os preços do produto em si, mas de toda a sua cadeia produtiva, e organizar as atividades correspondentes.

O que se depreende desse primeiro caso é o equívoco na utilização da ponderação de valores. Ora, não é possível fazer uma escolha entre valores tidos como moralmente aceitos pela Constituição, ou, nas palavras de Streck (2014a, p. 287), colocar dois princípios em uma balança e ver qual (so) pesa mais. Além disso, cada princípio possui tamanha amplitude ao ponto de se poder tirar deles o que quiser. Invocando o princípio da defesa do consumidor e da redução das desigualdades, aliado ao da educação como dever do Estado, aniquilou-se o princípio da livre iniciativa. Quer dizer, ainda que a ordem econômica seja

---

<sup>13</sup> Ao adotar políticas de controle, o governo terá que aumentar, cada vez mais, sua influência no setor para solucionar os problemas decorrentes da intervenção. Como exemplo, a proibição que o governo venezuelano se viu obrigado a fazer para evitar a escassez de alimentos naquele país (Governo da Venezuela proíbe filas noturnas perante os supermercados, 2015).

notadamente baseada nos fundamentos da livre iniciativa, preferiu-se os princípios que melhor se amoldariam à incessante busca pela “justiça social”.

Como dito, é a externalização daquilo que os juristas brasileiros entenderam da teoria alexyana, para a qual, segundo analisa Streck (2014c, p. 51), crê-se que o intérprete deve se pautar, de modo especial, na busca do que considera justo, ainda que para isso precise se livrar das amarras que o Direito (e aqui deve-se acrescentar também a economia e as todas as ciências que influenciam diretamente no direito) impõe na elucidação do caso concreto.

### **3.2 ADI 1.950-3/SP: educação, cultura, esporte e lazer *versus* livre iniciativa**

Na mesma linha tratada no ponto anterior, chegou ao Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.950-3 (BRASIL, STF, 2005), ajuizada pela Confederação Nacional do Comércio, para ver declarada a inconstitucionalidade da Lei n.º 7.844/92 do Estado de São Paulo, que concedeu o benefício da meia-entrada a alunos regularmente matriculados em instituições de ensino de primeiro, segundo e terceiro graus. Sustentou a requerente a intervenção indevida do estado-membro no campo econômico.

O Ministro Eros Grau foi relator e proferiu voto muito semelhante ao entendimento adotado pelo STF no primeiro caso analisado neste trabalho, aduzindo que a Constituição de 1988, ao dispor sobre a Ordem Econômica, fez a opção pelo sistema capitalista, mas que a intervenção do Estado no domínio econômico é indispensável à consolidação do próprio capitalismo.

Ademais, o referido Juiz (BRASIL, STF, 2005) explicita que o mercado não seria uma instituição natural, mas sim uma criação institucional operada, limitada e conformada por normas jurídicas, ao contrário do que ensina o professor Martin Ricketts (*apud* BLUNDELL, 2000, p.9), para quem as próprias relações de trocas operadas pelas pessoas são realizadas com base em convenções por elas concebidas, e que, mais tarde, podem virar uma lei. Aliás, diferentemente do que se possa pensar, é a propriedade privada que enseja a criação de leis, e não o contrário (ZANE, 1998, p.147).

Ao fim, Eros Grau estabelece o conflito entre princípios: de um lado a livre iniciativa; de outro o direito à educação, à cultura e ao desporto. Sopesando qual lado tem mais valor, diz ele não encontrar dificuldades em pender para o lado do direito ao acesso à cultura, ao esporte e ao lazer, em contraposição aos desígnios de lucro e de acumulação de riqueza da empresa. Notadamente, Grau externa a sua visão anticapitalista.

Sobre esse aspecto, Streck (2014c, p. 129) questiona: quem exerceria o controle de quem manipula a lei e/ou a Constituição? Segundo ele, trata-se de uma pergunta que o neoconstitucionalismo, que aposta em elementos não democráticos, tal como a discricionariedade e a ponderação, não consegue responder. E continua: a quem cabe a escolha dos princípios que serão ponderados, e como se dá o processo de pesagem dos princípios na construção da ponderação? Inegavelmente, tratam-se de perguntas que dificilmente encontrarão respostas diante do paradigma ativista a que o direito pátrio está submetido.

Por outro lado, novamente o Ministro Marco Aurélio (BRASIL, STF, 2005) demonstra grande lucidez em seu voto. Primeiramente, reconhece a competência do estado-membro para legislar a respeito do tema. Entretanto, vê o óbvio nessa questão: deixando os estudantes de pagar o valor completo, a metade não-paga será transferida para àquelas pessoas que não possuem o benefício. Em outras palavras: a empresa, se quiser sobreviver, não poderá arcar com os custos da benesse conferida pelo Estado, daí que decorre a majoração nos preços a serem pagos pelas outras pessoas que não fazem jus ao benefício. Trata-se da óbvia lei da sobrevivência da empresa.

Indaga-se: tem-se a competência do Estado para legislar a respeito? Acredito que sim, presentes a regra mencionada da tribuna e a do artigo 24, inciso I, da Carta Federal.

Essa forma de dispor, entretanto, com interferência de fundo na livre iniciativa, sem uma contrapartida, cumprimentando o Estado – e a premissa é esta – com chapéu alheio, é consentânea com a Constituição Federal? A meu ver, não, por pecar até mesmo no tratamento de desiguais de forma igual, sem distinguir aquele que tem recursos do que não tem para efetuar o pagamento. A norma conflita com fundamento da República, que é a livre iniciativa (BRASIL, STF, 2005).

Já o Ministro Nelson Jobim (BRASIL, STF, 2005), em contraposição à hipótese levantada por Marco Aurélio de que estaria o Estado concedendo benefícios com o chapéu alheio, chega a dizer que não haveria problema algum

nisso, uma vez que se trata de uma “socialização dos menores”. Ao que parece, para Jobim, ainda que um estudante tenha plenas possibilidades de pagar seu ingresso de forma inteira, terá direito a utilizar-se da espoliação do adulto – que não faz jus à tal condição, e, na maioria das vezes pobre –, somente por sustentar o status de estudante. É isso que, em última análise, acontece com as leis de meia entrada que pipocam pelo país.

A socialização dos menores referida por Nelson Jobim (BRASIL, STF, 2005), e seus fundamentos a favor da espoliação daqueles que menos têm, mesmo que indiretamente, jogando para eles pagarem uma conta que não é sua, é a externalização daquilo que Frédéric Bastiat (2010, p. 21) definiu como espoliação legal, isto é, a tomada da propriedade de uns para dar a outros o que não lhes pertence. Segundo o economista francês, o Estado generaliza a espoliação dizendo organizá-la, e quem se beneficiar com tal tipo de lei sempre invocará o “direito adquirido” na tentativa de manter a benesse.

Seguindo a divergência apontada por Marco Aurélio, o Ministro Cezar Peluso (BRASIL, STF, 2005) afirma que, além de a referida Lei interferir nos contratos, o Estado não estaria proporcionando acesso à cultura e educação, mas sim obrigando o particular a proporcionar tal acesso. E arremata dizendo que o Estado faria melhor se concedesse incentivos fiscais às empresas que oportunizassem a meia-entrada, mas não as obrigando através de um tabelamento.

O debate entre os Ministros Carlos Britto e Cezar Peluso segue até que aquele diz haver um direito subjetivo da sociedade à cultura. Por fim, a inconstitucionalidade não foi reconhecida, usando-se como argumento último o direito consuetudinário à meia-entrada no Brasil (*sic*) (BRASIL, STF, 2005).

Observa-se, portanto, que sob o manto de proporcionar cultura aos jovens (e nisso estaria a justiça social), o Estado-Juiz ponderou e escolheu o princípio que lhe possibilitou realizar os seus mais íntimos desígnios de altruísmo. Mas, como dito, obrigando o particular a pagar por isso.

### 3.3 A compreensão do todo que se antecipa como contraponto à decisão conforme a consciência do juiz

Lenio Streck (2010, p.105), ao discorrer sobre a diferença entre *escolha* e *decisão*, afirma que aquela é sinônimo de *discricionariedade* e, na maior parte das vezes, *arbitrariedade*. Avança para dizer que a decisão judicial não pode se dar a partir de uma escolha, mas sim da compreensão daquilo que a comunidade jurídica constrói como Direito – o todo que se antecipa.

Nesse sentido, a compreensão que a sociedade tem do direito revela-se como ponto fundamental para aplicação na resolução do caso concreto, e somente a partir dessa percepção é que se poderá assumir a existência de uma resposta correta à lide. Não sendo dessa forma, estarão os jurisdicionados submetidos a práticas antidemocráticas, como é para Streck (2010), em última análise, a discricionariedade.

A compreensão do que é o Direito não pode, em hipótese alguma, ser confundida com a que o intérprete/julgador tem a respeito da vida, ou do que ele entende por direito. Assumindo-se a hipótese de que um juiz possa decidir conforme sua consciência, o que é deveras subjetivo, estar-se-á diante da possibilidade de ele aplicar a sua visão de mundo conforme bem lhe aprouver, consoante a análise dos casos acima. É contra isso que a Crítica Hermenêutica do Direito luta diariamente.

Quem defende o livre convencimento do juiz baseia-se no esquema sujeito-objeto, ou seja, no assujeitamento do objeto pelo sujeito. No entanto, como dito, a pré-compreensão que se espera dos intérpretes/julgadores acerca do Direito não pode confundir-se com os preconceitos que estes têm em suas vidas, baseados na moral individual de cada um.

Em algumas leituras que se fazem da hermenêutica filosófica, há visivelmente uma confusão entre pré-compreensão (que é a *Vorverständnis*) e preconceitos, subjetivando-a. Ou seja, é equivocado confundir pré-compreensão com subjetividade, ideologia, visão de mundo. Quem faz isso mira na pré-compreensão e acerta nos preconceitos. Se a pré-compreensão (*Vorverständnis*) fosse “do intérprete” (enfim, fosse ela “pessoal”, do sujeito do esquema S-O), a hermenêutica de Heidegger e Gadamer (e veja-se que a Crítica Hermenêutica do Direito vai além de Gadamer) não seria nenhuma novidade. Seria, pois, uma repetição de teses da filosofia da consciência (ou de alguma de suas vulgatas voluntaristas). (STRECK, 2014c, p. 149).

Considerando que os posicionamentos do Supremo Tribunal Federal refletem em todo o judiciário brasileiro, a busca pela resposta correta, baseada na compreensão do Direito, e não na escolha, é de fundamental importância para a consolidação do Estado Democrático de Direito brasileiro.

Como afirma Tassinari (2013, p. 49), não se pode conceber que as pessoas continuem acreditando que o judiciário é palco para decidir as questões mais importantes da sociedade. É preciso romper com essa barreira que enxerga no ativismo uma boa atuação da justiça, na persecução de concretização de direitos. Para ela (2013, p.127), esse depósito de confiança no judiciário é consequência da própria atuação dos juízes, que intervêm na vida das pessoas para além de suas atribuições.

Ora, o Direito não é aquilo que os juízes dizem que é, nesse sentido, oportuno o comentário de Streck:

Despiciendo, nesta altura, lembrar que, quando critico o “solipsismo judicial” ou, o que é a mesma coisa, as “decisões conforme à consciência do julgador”, tenho em mente a tese de que *as decisões judiciais não devem ser tomadas a partir de critérios pessoais*, isto é, a partir da consciência psicologista. Insisto, pois, que se trata de uma questão relacionada à superação do paradigma daquilo que se denomina de “filosofia da consciência”. A justiça e o Judiciário não põem depender da opinião pessoal que juízes e promotores tenham sobre as leis ou os fenômenos sociais, até porque os sentidos sobre as leis (e os fenômenos) são produtos de uma intersubjetividade, e não de um indivíduo isolado. (2010, p.115).

Inegavelmente, a Constituição Federal de 1988 adotou o sistema de mercado para dirigir a Ordem Econômica, notadamente pela influência de expressões como “livre iniciativa” e “livre concorrência” expressas no artigo 170, *caput*, e inciso IV, da Carta, ainda que esse sistema esteja longe de ser lídimo, considerando as inúmeras intervenções que o Estado protagoniza na economia, como regulações através de agências<sup>14</sup>; o fomento, ainda que indireto, ao monopólio de serviços de transporte coletivo e cartel de táxis<sup>15</sup>; e o protecionismo econômico<sup>16</sup>.

Certo também que a Constituição determinou que se realizasse a justiça social, ainda que haja dificuldade para se precisar o que é justo ou injusto a partir de uma lógica puramente subjetivista. Entretanto, e este é o ponto que convém repisar,

---

<sup>14</sup> Acerca do papel das agências reguladoras na sociedade brasileira: (MOREIRA, 2014).

<sup>15</sup> Sobre o monopólio do transporte coletivo, interessante a leitura do artigo “O transporte público e o alto preço das passagens” (CELETI, 2013).

<sup>16</sup> Vale a leitura do artigo “O protecionismo e o “trabalho escravo” dos chineses” (NORTH, 2012).

não se pode conceber que a busca pela igualização dos desiguais seja feita por quem não detém legitimidade para tanto, isto é, aqueles que não foram escolhidos pelo povo para fazê-lo em seu nome. E aqui nem se pretende ir além para discorrer sobre a moralidade desse cenário de igualização.

Os juízes não podem, e não devem utilizar-se do poder que têm para levar adiante as suas convicções pessoais. Essa tarefa é genuinamente do parlamento eleito democraticamente para representar os anseios da população. A esse respeito, o economista e filósofo norte-americano Thomas Swoell (2011, p. 235), ao falar sobre o ativismo, diz tratar-se de uma forma para se impor uma visão política ao público, mesmo que este não compartilhe da posição, e sem que tenha passado pelo crivo de quem realmente poderia (e deveria) preocupar-se com ideologia, que são as autoridades políticas.

A título de comentário, interessante destacar o posicionamento do Juiz Federal Eduardo Vandré Garcia ao discorrer sobre o tema em sua página na rede social *Facebook*:

Naquilo que conheço da Justiça Federal, há um certo paradoxo no perfil dos juízes: ao mesmo tempo em que apenas uma minoria assume o viés socialista, na maioria, não há uma contrapartida de juízes realmente liberais. Ao contrário, a maior parte (ao menos é o que dizem os dados empíricos, *rectius*: decisões judiciais), inspirada por ideias de justiça, decide baseada na real crença de que juízes podem “melhorar” as decisões do executivo, do legislativo e das corporações, fazendo intervenções que são “releituras morais” de contratos e das leis. Isso vale desde a concessão de medicamentos, passando pela revisão de cláusulas de contratos de financiamento estudantil, até o incremento de hipóteses de concessão de benefícios previdenciários.

O paradoxo é esse: juízes não-socialistas que acreditam demasiadamente na eficiência da intervenção do Estado-Juiz como mecanismo para solução dos problemas sociais (GARCIA, 2015a).

E arremata Garcia (2015b) destacando sua impressão pessoal ao dizer que “o juiz que com certa frequência fica insatisfeito com o resultado das suas decisões, provavelmente, é um bom juiz. Essa insatisfação é um bom sinal de que ele não está regulando as relações jurídicas alheias a partir da sua própria moral”.

Ainda que Garcia tenha buscado estabelecer um contraponto entre o que chamou de “juízes socialistas” e “juízes liberais”, não parecer adequado que se leve adiante tal posicionamento na esteira do pensamento difundido neste trabalho, uma vez que nem magistrados que externem posições inclinadas ao liberalismo estariam livres da Crítica Hermenêutica do Direito. Virar a moeda para o outro lado não livra o



paradigma da Crítica. Assim o é por que os juízes devem, necessariamente, estar atentos e direcionados por aquilo que a sociedade constrói como Direito. Se princípios liberais fazem parte dessa construção, e, aparentemente, o fazem, utilizando-se deles estarão os julgadores agindo conforme a vontade da sociedade, o que se espera.

Tem a hermenêutica papel fundamental para o enfrentamento ao agir solipsístico dos julgadores. Contudo, esta não ocorre por dedução, e nem pode ser usada pelo intérprete como justificativa para as decisões que tomar baseadas em seus preconceitos. Para Streck (2014c, p. 150), o método hermenêutico assente no procedimento argumentativo-discursivo pressupõe alguns saberes que estão separados da realidade, isto é, aquilo que a comunidade construiu como Direito.

O modelo de juiz que se espera, livre das amarras do ativismo e das decisões conforme suas consciências, é perfeitamente possível de ser buscado. Basta que os julgadores se dispam de todos os pré-conceitos que trazem dentro de si, especialmente os aqui trabalhados como anticapitalistas, e realizem seus trabalhos de forma técnica e conforme a Constituição. Partir-se-á, assim, para a consolidação de um verdadeiro Estado Democrático de Direito no Brasil.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste trabalho procurou-se problematizar o ativismo judicial com vistas à realização da justiça social pretendida pela Constituição da República. Identificando uma aparente aversão aos princípios da livre iniciativa quando da decisão dos juízes, o primeiro capítulo foi destinado à apresentação da teoria do anticapitalismo trazida à baila pelo economista Ludwig von Mises. Nesse passo, enfatizou-se que a oposição a um sistema econômico que retirou milhões de pessoas da pobreza extrema, e que, ainda que cheio de imperfeições, caminha na direção de proporcionar cada vez mais conforto às pessoas, mostra-se um verdadeiro atentado à inteligência humana. A partir dos ensinamentos de Mises, essa aversão se justifica pela inveja que algumas pessoas sentem umas das outras. Buscou-se mostrar, assim, a forte atração que o socialismo tem na sociedade, especialmente para ditar regras e conceitos a partir da atuação do Estado como limitador da liberdade dos cidadãos.

No decorrer do capítulo, amparando-se em Friedrich August von Hayek, discutiu-se a busca por uma suposta justiça social, que para ele, mostra-se extremamente frágil em ser caracterizada. Acerca da justiça social, o economista afirmava tratar-se de verdadeira imaturidade os seres humanos não terem superados conceitos primitivos como esse, e continuarem exigindo que o mercado seja regido por preceitos morais concebidos a partir do próprio homem (1985, p. 80). Além disso, o Nobel de Economia afirma que foram as próprias pessoas que, ao crer que o Estado poderia realizar a justiça social, depositaram suas confianças nele e agora sem veem abarcadas pelo poderio do ente que criaram. Nesse panorama, o Estado se veria forçado a atender os anseios dos diferentes grupos de pessoas que, diariamente, pretendem se utilizar do amplo conceito de “justiça social” para solucionar suas lides (1985, p. 86).

O segundo capítulo foi destinado a trabalhar o ativismo judicial protagonizado por muitos juízes em solo brasileiro, buscando-se, para isso, subsídios na Crítica Hermenêutica do Direito. Nesse sentido, discutiu-se acerca da possibilidade que os magistrados têm em suas mãos de “fazer o bem” à população, ainda que para isso tenham que se vincular a atitudes nada democráticas como é o ativismo judicial, percebendo-se que essa lógica sempre se sobrepõe a qualquer

outro tipo de decisão que pudesse dar ao povo o direito de decidir sua vida conforme sua própria consciência. Veja-se o trocadilho que aqui se faz: o *decidir conforme sua consciência* como o poder que cada cidadão tem de decidir os rumos de sua vida, em contraposição ao agir solipsístico do juiz, que, utilizando-se do aparato estatal, interfere na vida das pessoas para lhes impor a sua moral.

O terceiro capítulo trouxe ao trabalho dois exemplos de como o ativismo influencia sobremaneira a vida das pessoas. No primeiro caso, que tratou sobre a regulação de preços de serviços educacionais, mostrou-se a tentativa de promoção do tabelamento de valores do mercado com fins à realização de uma suposta justiça social. Como denunciou Streck (2014c, p. 51), valendo-se de uma percepção falsa da teoria alexyana, os juristas afirmam que ao tomar uma decisão, o juiz pode se livrar das amarras do Direito para buscar a realização do que é justo.

O segundo caso analisou-se a constitucionalidade de uma das várias leis de meia-entrada existentes do país, amparando-se os Ministros do STF novamente na justiça social, provocaram o que por eles foi chamada de “socialização dos menores”, uma forma de redistribuição do acesso à cultura com o chapéu alheio, conforme denunciou o Ministro Marco Aurélio.

Finalizando o capítulo, buscou-se indicar uma alternativa para o ativismo judicial, qual seja, a compreensão do todo que se antecipa, teoria exaustivamente trabalhada por Ronald Dworkin, para quem há sempre uma resposta correta no Direito, que deve ser buscada na compreensão daquilo que a sociedade entende por Direito.

Após a análise acurada dos julgados presentes no último capítulo, a partir do que se discorrera nos dois primeiros acerca da existência de uma verdadeira oposição à livre iniciativa e à liberdade como um todo, por certo, chega-se à constatação de que, por trás do ativismo protagonizado por muitos juízes, encontra-se imbricado uma verdadeira intolerância à livre-iniciativa nas relações pessoais.

Diante das perspectivas apresentadas por Lenio Streck, aliadas aos ensinamentos de Ludwig von Mises e Friedrich August von Hayek, não se pode conceber que um juiz, a partir de uma mentalidade pré-concebida acerca do que entende por livre iniciativa, liberdade e justiça social, invoque esta última para justificar uma decisão que confronte aquelas, em uma clara alusão ao que aqui se pode definir como ranço ideológico. Assim agindo, o ativismo judicial assume um papel importante na perpetuação do que Mises definiu como o anticapitalismo.

Percebe-se, portanto, que para o Supremo Tribunal Federal, a livre iniciativa não existe, mas tão somente a iniciativa regulada pelo Estado, o que, em última análise, é extremamente contrário aos princípios balizadores de um livre mercado genuíno. E, quanto menos livre mercado ocorre, mais ele é culpado pelas “injustiças sociais” existentes. Aparentemente, esse paradigma só pode ser explicado pela mentalidade anticapitalista fortemente existente nos brasileiros, e, especialmente, em quem detém certo poder de transformar a realidade social, notadamente, juízes ativistas que, sob essa perspectiva, ferem de morte a liberdade em *terrae brasilis*.

Quando se verifica uma prática judicial que privilegia a busca pela justiça social em detrimento da liberdade das pessoas, inegavelmente, está-se diante de um agir solipsista influenciado pelo pensamento antiliberal, carregado de preconceitos que influenciarão diretamente a vida das pessoas.

É preciso, portanto, que a comunidade jurídica denuncie essa afronta ao Estado Democrático de Direito, antes que se veja tão amarrada pelo poderio do Estado a ponto de justificar atrocidades como as que foram vistas no século passado. Deve-se caminhar, assim, para a consolidação de um Direito baseado na compreensão daquilo que a sociedade quer para ele, e não puramente na vontade individual do juiz.

## REFERÊNCIAS

BASTIAT, Frédéric. **A lei**. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

BLUNDELL, John. **Regulação sem o Estado**. Tradução de Vera Nogueira. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 2000. 49p.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 319-4**. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, Acórdão de 03 de mar. de 1993. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+319%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+319%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/a6wpmwc>> Acesso em: 09 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.950**. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, Acórdão de 03 de nov. de 2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266808>> Acesso em 10 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 45**. Decisão monocrática. Relator: Ministro Celso de Melo. Brasília, 04 de maio de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+45%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=Error>> Acesso em: 11 jul. 2015.

\_\_\_\_\_. **Projeto de Lei de Diretrizes Orçamentárias 2015**. Anexo V (Riscos fiscais). 2015. Disponível em: <[http://antigo.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/sof/PLDO\\_2015/Anexo\\_V\\_Riscos\\_Fiscais.pdf](http://antigo.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/sof/PLDO_2015/Anexo_V_Riscos_Fiscais.pdf)> Acesso em 11 jul. 2015.

CAMPOS, Roberto. **O Século Esquisito**. Rio de Janeiro: Topbooks, 1990.

CELETI, Filipi. **O transporte público e o alto preço das passagens**. 2013. Disponível em: <<http://www.mises.org.br/Article.aspx?id=1618>> Acesso em 01 de set. de 2015. Acerca do cartel de táxis, remete-se para o artigo “Uber, livros e os duzentos anos de conspiração contra o público consumidor”, disponível em: <<http://www.mises.org.br/Article.aspx?id=2131>> Acesso em 01 de set. de 2015.

CONCEIÇÃO, Lucas Gonçalves; COSTA, Eder Dion de Paula; FERREIRA, Rafael Fonseca. Controle de convencionalidade: subsídios para a edificação de um ordenamento jurídico voltado para a proteção dos direitos humanos. **Revista da**

**faculdade mineira de direito.** Belo Horizonte, v. 17, n. 33, 2014. Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/issue/view/639>> Acesso em 13 set. 2015.

CUNHAL, Álvaro. **O Desenvolvimento do Capitalismo, a Evolução Demográfica e a Política de Natalidade.** 1940. Disponível em: <<https://www.marxists.org/portugues/cunhal/1940/mes/tese.htm#r3>> Acesso em: 29 mai. 2015.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito.** Tradução de Jefferson Luiz. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

\_\_\_\_\_. **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição Norteamericana.** Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FORUM SOCIAL MUNDIAL. **O que é o Fórum Social Mundial?**. 2015. Disponível em: <<https://fsm2015.org/pt-pt/o-que-e-o-forum-social-mundial>> Acesso em 01 jun. 2015.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas.** 1999. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-ju%C3%ADz-e-democracia-o-guardi%C3%A3o-das-promessas>> Acesso em 11 set. 2015.

GARCIA, Eduardo Vandr  Lema. [comentário pessoal]. Facebook. 2015a. 09 de abril de 2015. Disponível em: <<https://www.facebook.com/eduvandre?fref=ts>>. Acesso em: 29 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. . [comentário pessoal]. Facebook. 2015b. 26 de agosto de 2015. Disponível em: <<https://www.facebook.com/eduvandre?fref=ts>>. Acesso em: 29 ago. 2015.

Governo da Venezuela proíbe filas noturnas perante os supermercados. **Bol Notícias.** 23 ago. 2015. Disponível em: <<http://noticias.bol.uol.com.br/ultimas-noticias/economia/2015/08/23/governo-da-venezuela-proibe-filas-noturnas-perante-os-supermercados.htm>> Acesso em 30 de ago. de 2015.

HAYEK, Friedrich August von. **Direito, legisla o e liberdade: uma nova formula o dos princípios liberais de justiça e economia política.** Vol. 2 – A miragem da justiça social. São Paulo: Visão, 1985. 183p.

\_\_\_\_\_ **O caminho da servidão.** São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

KASPER, Wolfgang, e STREIT, Manfred E. **Institutional Economics: Social Order and Public Policy.** Aldershot: Edward Elgar para The Locke Institute, 1998.

LAMEIRINHAS, Roberto. Escassez de produtos básicos cresce na Venezuela e chega a 75% dos itens. **O estado de São Paulo.** 23 ago. 2015. Disponível em: <<http://internacional.estadao.com.br/noticias/geral,escassez-de-produtos-basicos-cresce-na-venezuela-e-chega-a-75-dos-itens,1748951>> Acesso em 28 de ago. de 2015.

Liberalism in Caricature. **The Economist.** 13 abr. 1957. Disponível em: <<http://www.webcitation.org/5fRACAwrL>> Acesso em 01 jul. 2015

MARANHÃO. Tribunal de Justiça. **Apelação n.º 0000728-90.2007.8.10.0115.** 3º Câmara Cível. Relator: Desembargador Lourival de Jesus Serejo Sousa. Publicado em 17/07/2014. Disponível em: <<http://jurisconsult.tjma.jus.br/>>. Acesso em: 03 ago. 2015.

MARX, Karl. **O capital: crítica da economia política.** Tradução de Reginaldo Sant'Anna. 30ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

MISES, Ludwig von. **As seis lições.** São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2009.

\_\_\_\_\_ **A mentalidade anticapitalista.** São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010a.

\_\_\_\_\_ **Liberalismo.** São Paulo: Instituto Ludwig von Mises, 2010b.

MOREIRA, Andrei. **Três agências reguladoras que adoram atrapalhar sua vida.** 2014. Disponível em: <<http://www.mises.org.br/Article.aspx?id=1873>> Acesso em: 01 de set. de 2015.

NORTH, Gary. **O protecionismo e o "trabalho escravo" dos chineses.** 2012. Disponível em: <<http://www.mises.org.br/Article.aspx?id=1376>> Acesso em 01 de set. de 2015.

OSTERMANN, Fábio. **O problema é a pobreza, não a desigualdade**. 2014. Disponível em: <<http://www.institutoliberal.org.br/blog/o-problema-e-a-pobreza-nao-a-desigualdade/>> Acesso em: 11 jul. 2015.

Privatização era um dos temas favoritos de Margareth Thatcher. **Globo News**. 08 abr. 2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/globo-news/noticia/2013/04/privatizacao-era-um-dos-temas-favoritos-de-margareth-thatcher.html>> Acesso em: 30 de ago. de 2015.

RODRIGUES, Flávio. TRF-3 manda marcar nova data do Enem para judeus. **Consultor Jurídico**. 23 out. 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-out-23/trf-determina-estudantes-judeus-nao-facam-enem>> Acesso em 09 ago. 2015.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Tradução de Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2008.

SOWELL, Thomas. **Conflito de visões: origens ideológicas das lutas políticas**. Tradução de Margarita Maria Garcia Lamelo. São Paulo: É Realizações Editora, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. 118p.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014a. 974p.

\_\_\_\_\_. **O ativismo, o justo, o legal e a lesão por esforço epistêmico repetitivo**. Senso Incomum. 2014b. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jul-31/senso-incomum-ativismo-justo-legal-lesao-esforco-epistemico-repetitivo>> Acesso em 09 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014c. 158p.

Supremo reconhece união homoafetiva. **Notícias STF**. 05 mai. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>> Acesso em 09 ago. 2015.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. 156p.



TANENHAUS, Sam. Câmaras de Whittaker: uma biografia. Random House, New York, 1997. p. 500.

ZANE, John Maxcy. **The Story of Law**. 2.ed., reimpr. Indianápolis: Liberty Fund Inc., 1998.